3

DaLvShiJiaoNi
DaGuanSi

大律师教你打官司

房产物业纠纷案例

在我国历史上，判例作为一种重要的法律形式，曾经发挥了重要的作用。在特定的历史时期，其地位和作用甚至超过了法典。

第2版

戴玉龙 陈国强/策划
陈国强 陈永学 编著

我们选择……疑难案例，汇集成书，目的就在于此。希望这套案例丛书能够对广大法律工作者和一般读者**学习和掌握法律知识、处理法律纠纷、依法维护自身权益**，能够有所裨益。



中国经济出版社
CHINA ECONOMIC PUBLISHING HOUSE

DaLvShiJiaoNiDaGuanSi

大律师教你打官司丛书



律师评说的经典案例，百姓身边的法律宝典。

上架建议：法律普及读物



定价：28.00元

DaLvShiJiaoNi
DaGuanSi

大律师

教你打官司

★

房产物业纠纷案例

戴玉龙 陈国强/策划
陈国强 陈永学 编著

中国经济出版社
CHINA ECONOMIC PUBLISHING HOUSE

图书在版编目（CIP）数据

房地产物业纠纷案例/陈国强编著. －2版

北京：中国经济出版社，2013.1

（大律师教你打官司丛书）

ISBN 978-7-5136-1878-6

Ⅰ.房… Ⅱ.①陈… Ⅲ.物业管理—民事纠纷—案例—中国

Ⅳ.D922.181.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字（2012）第 219389 号

责任编辑　戴玉龙
责任审读　贺　静
责任印制　张江虹
封面设计　大象设计

出版发行　中国经济出版社
印 刷 者　北京市人民文学印刷厂
经 销 者　各地新华书店
开　　本　880mm×1230mm　1/32
印　　张　14.25
字　　数　340 千字
版　　次　2013 年 1 月第 2 版
印　　次　2013 年 1 月第 1 次印刷
书　　号　ISBN 978-7-5136-1878-6/D·499
定　　价　28.00 元

中国经济出版社 **网址** www.economyph.com **社址** 北京市西城区百万庄北街 3 号 **邮编** 100037

本版图书如存在印装质量问题，请与本社发行中心联系调换（联系电话：010-68319116）

房屋买卖纠纷



1. 屋顶花园能否出售给个别业主?

【案情】

孙耀东购买了一套顶楼住房。当时选中这套顶楼住房的原因是开发商承诺房屋交付使用后，楼顶将有一个开放式的花园。孙耀东心想将屋顶花园一并购买后，家人只需爬几级台阶，便可以到花园里休闲、娱乐，真是太惬意了。在和开发商协商后，开发商最后以楼顶总面积68平方米的1/3，约20平方米，按照房价出售给他。但是如今，他要求开发商为屋顶花园办理产权证时，开发商却一直拖延不理，直到最后被催急了，开发商才表示，屋顶花园不能办理产权证。如果没有相应的产权，那就意味着自己花了钱，只不过只有使用权罢了，其他业主仍然可以自由到楼顶活动，从而影响自己的私人生活。为此，孙耀东已经多次找过开发商，但是一直没有得到满意的答复。

【争鸣】

■ 原告孙耀东诉称，由于开发商事先没有告知自己屋顶部分不能办理产权证，自己在不明真相的情况下支付了相当于楼定面积1/3的购房款。既然楼顶部分在法律上不能出售给个人，买卖合同就属于无效合同，请求判决开发商退还相应的款项。

■ 被告开发商辩称，楼顶部分依法不能出售给个人。原告支付的是该部分楼顶面积的专有使用费用，而不是购买其产权的价款。



【律师点评】

《物权法》第70条规定："业主对建筑物内的住宅、经营性用房等专有部分享有所有权，对专有部分以外的共有部分享有共有和共同管理的权利。"第72条规定："业主对建筑物专有部分以外的共有部分，享有权利，承担义务；不得以放弃权利不履行义务。"那么建筑物的共有部分包括哪些范围呢？《最高人民法院关于审理建筑物区分所有权纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》第3条第1款规定："除法律、行政法规规定的共有部分外，建筑区划内的以下部分，也应当认定为物权法第六章所称的共有部分：（一）建筑物的基础、承重结构、外墙、屋顶等基本结构部分，通道、楼梯、大堂等公共通行部分，消防、公共照明等附属设施、设备，避难层、设备层或者设备间等结构部分；（二）其他不属于业主专有部分，也不属于市政公用部分或者其他权利人所有的场所及设施等。"《公有住宅售后维修养护管理暂行办法》第4条规定："住宅的共用部位，是指承重结构部位（包括楼盖、屋顶、梁、柱、内外墙体和基础等）、外墙面、楼梯间、走廊通道、门厅、楼内自行车存车库等。住宅的共用设施设备，是指共用的上下水管道、落水管、邮政信箱、垃圾道、烟囱、供电干线、共用照明、天线、暖气干线、供暖锅炉房、高压水泵房、消防设施和电梯等。"

由此可见，共有部分的范围比较广泛，包括法定共有部分与规约共有部分。法定共有部分即区分所有建筑物在性质或构造上当然共有的部分，如电梯、楼梯、基地等；规约共有部分即业主通过规约，将可以作为专用的部分作为共用部分，如将某一房间作为集体的会议室、活动室等。从我国现行房地产法律法规来看，共有部分包括：共有的门厅、阳台、屋面、楼道、厕所、院落、上下水设施，共有房屋

主体结构中的基础、柱、梁、墙，房屋的附属建筑物如电梯、水泵、暖气、水卫、电照、沟管、垃圾管、化粪池等，附属于建筑物使用的其他共有部分如绿地、道路、会所、车库等。业主对上述的共有部分享有共有权和共同管理权。

商品房买卖实践中，开发商往往把楼房屋顶平台计价出售，承诺购房者独立使用且可以自行搭建屋顶花园。由此不仅引发了业主之间的纷争，而且购买了屋顶平台的业主在产权证上却没有对房屋平台相关的产权记载。因为屋顶平台不能买卖，产权登记机关也不应办理屋顶的产权登记。

首先，从计算房屋建筑面积的有关规定来看，屋顶平台不属于计算建筑面积的范围。法律规定，房屋套内建筑面积由套内使用面积、套内墙体面积、阳台建筑面积三部分组成。商品房各套之间隔墙、套与公用建筑空间之间的分隔墙以及外墙均为共用墙，共用墙体水平投影面积的一半记入套内建筑面积。这一规定，是对建筑物区分所有权的专有部分所有权的界定。由此可见，屋顶平台不属于计算建筑面积范围。

其次，从计算商品房价格的有关规定看，开发商对屋顶平台进行出售，其行为对购买平台的消费者而言，已构成重复收费，商品住宅价格由成本、利润、税金和地段差价四个项目构成。成本部分包括了住宅建筑费用，即在购房者交纳的每平方米建筑面积的购房款中，购房者已分摊了作为住宅公共部位的屋顶平台的建筑成本。开发商再将屋顶平台单独计价出售，明显属于重复销售、重复收费。

再次，从功能上看，屋顶平台作为房屋建筑最上层的外围护构件，起着覆盖、遮风挡雨、排除雨水积雪和保温隔热的作用；从结构上分析，楼宇的屋顶是楼宇总体的一部分，没有楼宇，也就谈不上屋顶。屋顶平台不仅是下层单元的“盖”，还是整幢房屋的“顶”，是房屋之所以成为一个完整意义上“房屋”所不可缺少的一部分，因

此，屋顶平台理应属于住宅共有部位，属于整幢大楼的全体业主所共有。开发商在未经全体业主同意的情况下，将属于共有部位的屋顶平台出售给少部分业主，不仅侵犯了其他业主对屋顶平台的共有权，引发业主之间共有使用权冲突，同时也会产生物业管理、公共部位维修和收益矛盾。购买者虽然支付了屋顶平台的价款，但不意味着其真正享有屋顶平台的专有使用权，其他业主要合理使用，购房者无权阻止。

屋顶花园从本质上来讲是屋顶的一部分，它应该属于房屋的共用部位。当开发商开始分套出售房屋时，由于屋顶花园属于共用部位，不能单独办理产权证，因此开发商也就不能单独将其出售。购房者在购得某一套房屋的所有权时，同时也就享有了该套房屋所在楼宇共用部位的共有权，即屋顶应该归全体业主所有。屋顶花园当然就不能归开发商所有，同样的道理，屋顶花园也不能归顶层的住户所独有。所以，开发商出售屋顶花园之类的做法是不正确的，是侵犯其他业主权利的行为。开发商主张原告支付的是屋顶的专有使用费，同样于法无据。屋顶平台归全体业主共同所有，共同使用，将其出租给个别业主，同样侵犯了其他业主的共有权。因此，根据《最高人民法院关于审理建筑物区分所有权纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》第 14 条第 1 款的规定，“建设单位或者其他行为人擅自占用、处分业主共有部分、改变其使用功能或者进行经营性活动，权利人请求排除妨害、恢复原状、确认处分行为无效或者赔偿损失的，人民法院应予支持”。对于原告的诉讼请求，人民法院应予支持。同时，开发商应当退还原告支付的相应款项。

2. 未办理过户登记，房屋买卖合同是否有效？

【案情】

张辉与经销某楼盘的某公司签订了房屋买卖合同。合同约定：某公司将三居室一套售于张辉，价款40万元，并约定该房屋于2009年元旦前交付使用。此后，张辉先后向某公司支付购房款人民币30万元。至交房日，某公司因故未能交付房屋。2009年2月初，某公司通知张辉办理房屋交接验收手续，但张辉未办理。此后，张辉诉至法院，称该合同未按法律规定办理过户手续，不具备法律效力，请求人民法院判决解除其与某公司的房屋买卖合同，并主张某公司返还购房款人民币30万元并承担至还款日的利息损失。

【争鸣】

■ 原告张辉诉称，该房屋买卖合同未办理过户手续，属于无效合同。请求人民法院判决解除合同，某公司返还房款和赔偿利息损失。

■ 被告某公司辩称，该合同虽未办理过户手续，但房屋过户手续只是房屋所有权移转的要件，而非合同有效的要件，该合同应为有效。某公司虽然存在迟延履行合同义务的情况，但尚不构成根本违约，双方应当继续履行合同。



【律师点评】

本案涉及到房产转让登记与房屋买卖合同成立、生效的关系。根

据《物权法》的规定，“不动产物权的设立、变更、转让和消灭，应当依照法律规定登记”（第6条）；“不动产物权的设立、变更、转让和消灭，经依法登记，发生效力；未经登记，不发生效力，但法律另有规定的除外”（第9条）。转让登记是房屋产权转让的生效条件。

但房屋买卖合同的生效与房屋产权转让的生效是不能等同的。房屋买卖合同的生效并不当然导致物权的变动；物权要变动，应当进行登记，未办理登记的，只导致物权不发生变动的后果，但并不影响合同的效力。例如，李四将房屋卖给张三，李四必须和张三签订一份房屋买卖合同，签订合同的行为是一个债权行为，是引起李四的房屋归属于张三所有（物权变动）的前提，物权法理论上叫做物权变动的“原因行为”。但是，由于不动产物权的变动必须以登记为生效要件，因此，只有在进行变更登记后，李四的房屋才会变更为张三所有。换句话说，只有变更登记，物权才会变动，而李四与张三签订的买卖合同并不直接导致物权的变动。“登记”这一行为导致了不动产物权的变动，物权法理论上称之为“物权行为”。“原因行为”和“物权行为”的法律性质和法律后果都不同，必须明确予以区分。

上述两个法律行为的效力规则是不同的：作为原因行为的买卖合同，它是否生效，应当依据合同成立的自身要件进行判断。买卖合同符合《合同法》规定的生效要件的，合同就生效。否则，就不生效，而它与是否进行物权登记无关。也就是说，房屋买卖合同是否有效须审查其合法性，只要具备合法性，合同即有效，就在当事人之间产生法律约束力。《合同法》第44条规定：“依法成立的合同，自成立时生效。法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续生效的，依照其规定。”根据《合同法》的规定，合同生效的要件包括：第一，合同主体要合法，即自然人、法人或者其他组织必须有与订立合同相适应的民事行为能力；第二，行为人订立合同是意思表示真实；第三，合同内容不违反法律和社会公共利益。

相反，作为物权变动的结果行为，它是否生效，应当依据物权变动的规则来判断。由于不动产物权的变动以登记为生效要件，因此，要发生不动产物权变动的结果，就必须进行登记。所以，《物权法》第15条规定："当事人之间订立有关设立、变更、转让和消灭不动产物权的合同，除法律另有规定或者合同另有约定外，自合同成立时生效；未办理物权登记的，不影响合同效力。"最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（一）》第9条规定："法律、行政法规规定合同应当办理登记手续，但未规定登记后生效的，当事人未办理登记手续不影响合同的效力，合同标的物所有权及其他物权不能转移。"

因此，房屋买卖合同是房屋买卖行为的基础。房屋买卖的行为可以分为两个阶段，一是签订有效的房屋买卖合同，二是实施该合同。因此，房屋买卖合同的效力问题存在于第一阶段，产权变动登记问题存在于第二阶段，因为登记是移转房屋产权的要件，是实施合同内容、转移房屋所有权的方式。一个完整的房屋买卖行为是双方签订了一个有效的房屋买卖合同（第一阶段），并履行完了该合同，一方支付了房价，另一方交付了房屋，房屋在法律上的交付体现为过户登记，也就是办完了过户登记手续（第二阶段）。

过户登记是合同有效的结果，而不是合同是否有效的要件。因此，房屋产权登记和房屋买卖合同的效力的关系是房屋买卖合同有效，才能办理房屋产权过户登记，房屋买卖合同无效，合同不能履行，就不能办理产权过户登记。房屋买卖合同有效在前，房屋产权过户登记在后，房屋买卖合同的效力完全与是否登记过户无关，相反，它是登记过户的前提。本案中双方当事人均具有缔约能力，并已就某买卖达成一致协议，且买方支付了房款。既然某过户登记并非房卖卖合同的有效要件，该合同又是符合合同有效要件的，故该合同是合法有效的。

那么，某公司超过约定的期限交房，张辉是否有权解除合同呢？《合同法》第93条规定："当事人协商一致，可解除合同。当事人可以约定一方解除合同的条件。解除合同的条件成就时，解除权人可以解除合同。"《合同法》第94条规定："有下列情形之一的，当事人可以解除合同：（一）因不可抗力致使不能实现合同目的；（二）在履行期限届满之前，当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务；（三）当事人一方迟延履行主要债务，经催告后在合理期限内仍未履行；（四）当事人一方迟延履行债务或者由其他违约行为致使不能实现合同目的；（五）法律规定的其他情形。"由此可知，合同的解除包括法定解除和约定解除。

合同的约定解除具有以下特点：首先，合同解除为一种法律行为。以解除权人一方的意思表示而成立，无须相对人承诺，故为单独行为。其次，解除为不要式行为，解除以解除的意思表示为相对人可能了解或达到相对人而生效。再次，解除为处分行为。最后，产生溯及以往的消灭合同的效力。合同如解除，视为自始未成立。而在法定解除的情况下，构成根本违约的迟延履行是解除合同的原因之一。根本违约通常表现为即使经过修改或补正，也无法实现债权人利益的情况。只有违约结果严重到合同目的无法实现即债权人利益无法实现的情况下，方认定为根本违约，也就是说合同违约，甚至后果较为严重，但是可通过修补或改正而达到合同目的的，亦不构成根本违约。

本案中，按合同约定某公司应于2007年元旦前交房，而其却于2007年2月初才通知张辉办理房屋交接验收手续，其行为显然已构成迟延履行。但某公司的迟延履行，并未给张辉造成利益损失，更不会使合同目的无法实现，不应认定为构成根本违约。由于迟延的期间不长，某公司在违约后采取了较为积极的态度，及时加以改正，使张辉的利益得以实现。如果允许张辉解除合同，反而会致使双方的目的无法实现。而且，解除合同将产生合同自始无效的后果，双方当事人

的财产须恢复到订约前的状态，必将造成社会资源的浪费。再次，如果在此种未构成根本违约的情况下，允许张辉解除合同，也不利于维护市场经济的交易安全和交易秩序，损害合同信守原则。因此，张辉不能以某公司的迟延交付构成根本违约为由主张解除合同。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》第8条规定："依照法律、行政法规的规定经批准或者登记才能生效的合同成立后，有义务办理申请批准或者申请登记等手续的一方当事人未按照法律规定或者合同约定办理申请批准或者未申请登记的，属于合同法第四十二条第（三）项规定的'其他违背诚实信用原则的行为'，人民法院可以根据案件的具体情况和相对人的请求，判决相对人自己办理有关手续；对方当事人对由此产生的费用和给相对人造成的实际损失，应当承担损害赔偿责任。"该司法解释的规定不适用于本案的情况。在本案中，应认定该买卖某合同有效，双方当事人应继续履行合同，张辉可以基于某公司的迟延履行要求其承担违约责任。

3. 未取得产权证的房屋能否买卖?

【案情】

安义有一套建于20世纪70年代的房屋被纳入拆迁范围。拆迁单位通过产权调换的方式补偿其一套拆迁安置房。2007年5月，拆迁单位向安义交付了安置房及该房的产权证明单、发票等用于办理产权证的证件。安义与王诚签订房屋买卖合同，双方协议：将安义取得的拆迁安置房转让给王诚，总价50万元。王诚向安义交付定金1万元，待其取得房产证后一次交清全部房款并办理产权过户手续。此后，安义认为转让价格过低，要求解除合同，遭到王诚的拒绝。王诚向人民法院提起诉讼，要求对方按照合同履行义务。

【争鸣】

■ 原告王诚诉称，双方订立的房屋买卖合同是真实的意思表示，合法有效。请求人民法院判决被告履行合同义务，交付房屋并协助其办理房屋产权过户手续。

■ 被告安义辩称，依据我国《城市房地产管理法》的规定，未依法登记领取权属证书的房地产不得转让，原被告签订的房屋买卖协议违反了法律的强制性规定，属于无效合同，应该予以解除。



【律师点评】

根据《物权法》的规定，“不动产物权的设立、变更、转让和消

灭，应当依照法律规定登记”（第6条）；“不动产物权的设立、变更、转让和消灭，经依法登记，发生效力；未经登记，不发生效力，但法律另有规定的除外”（第9条）。因此，房屋经依法登记并取得权属证书后，产权才能转让。如果房屋未经依法登记和取得权属证书，物权尚未依法设立，转让也就无从谈起。所以，《城市房地产管理法》第38条规定：“下列房地产，不得转让：……（六）未依法登记领取权属证书的。”

法律作出这样的规定是为了防止权属不清的房地产进入市场交易，扰乱市场秩序，损害当事人的合法权益。从《城市房地产管理法》规定的未依法登记领取权属证书的房地产不得转让的目的来看，这是为加强对房地产交易管理的需要，防止和杜绝违规建房、权属有争议的房屋进行交易，从而保障交易安全。如果对符合规定的建房、权属明确的房屋仅以未办证为由限制其交易，不仅不利于房地产业的发展，而且也会对自愿和诚实信用的合同原则造成阻碍和遏制，当事人的随意悔约也同样危及着交易安全，显然这不是这部法律的立法目的。

对这里的“不得转让”应理解为不发生物权的转移，但不影响合同的效力。如将未经登记的房地产买卖合同一律认定为无效合同，不利于保护善意一方当事人的合法权益，不利于维护交易秩序的稳定，也不利于当事人认真订立和遵守买卖合同。在房屋转让中，不能因为不具有房产证而限制其交易，房产未进行最初登记和过户登记，只是产生房屋所有权不转移的效力，但双方的转让合同仍可成立和生效，合同是设立、变更、终止民事权利义务关系的协议，它不仅在双方当事人间产生债权债务关系，而且可以引发物权关系变动的法律事实，因而双方当事人基于合同形式的权利义务关系应受到转让合同的约束和法律保护。就本案而言，房屋转让双方在履行或享有合同产生的债权债务时，必须以自己的行为促使房屋产权的变更，这样就可以

体现合同是物权变动的原因。

这里所说的“权属证书”应理解为产权证书以及其他能证明当事人拥有房屋所有权的证明材料。实际生活中，这些证明材料有拆迁协议、开发公司出具的证明、开发公司开出的发票、房屋管理部门核发的房屋销售许可证等。本案中，安义对拆迁安置房屋拥有产权证明单、发票，能够证明该房屋的所有权归其所有，双方对此亦没有争议。因此，本案中争议的房屋有权属证书，房屋的转让并不违反《城市房地产管理法》的规定。而且，从双方当事人订立合同时的情形看，原告、被告在订立买卖合同时，双方对房屋没有产权证的事实都是知道的，合同是在双方自愿的基础上订立的，被告现提出悔约有违诚实信用的原则。原被告的房屋买卖合同合法有效，被告应当按照合同约定履行义务，交付房屋并协助原告办理产权过户手续。

4. 向暂无产权的人购买房屋的，能否适用善意取得？

【案情】

2006年6月，甲公司办理了准建证和施工许可证，与乙公司协商签订建房合同。合同规定，甲公司建造两栋共24间商品房，由乙公司垫资100万元承包建筑工程，定于2007年7月前完工交付。如商品房完工交付3个月内，甲公司不付清乙公司工程款，则以建成的商品房5间（每间价格20万元）抵偿乙公司，产权证由乙公司与甲公司双方于半年内办理。2007年6月，乙公司如期完工交付商品房，甲公司却在3个月内分文未付工程款。2007年7月，乙公司找到严美，提出以价格25万元转让1间房屋，并向严美出示了建房合同及有关证件，严美同意购买。经查证该建房合同和甲公司尚欠乙公司工程款情况属实，严美遂与乙公司订下协议，乙公司将甲公司抵偿的商品房1间作价25万元转让给严美，严美先期付房款5万元，待乙公司与甲公司将房产证办妥即补足房款。

依此协议约定，严美将购买的商品房进行了装修，购置了一批家具，准备于当年国庆前夕搬进新居。此时，甲公司领导出面阻止，其理由是：该商品房是该企业财产，严美与乙公司的买卖关系无效。而严美认为，该房是在甲公司抵偿给乙公司的情况下，自己向乙公司购买的，产权手续按乙公司与甲公司签订的建房合同办理并无不当。严美为此多次与甲公司交涉未果，遂于2007年10月向法院起诉，请求保护自己购买该房的合法权益。

【争鸣】

■ 原告严美诉称，自己根据甲、乙两家公司签订的建房合同向乙公司购买争议房屋，买卖关系合法有效。即便认为该抵偿商品房在办理房产权证之前属甲公司所有，乙公司将该房产转让，构成无权处分，但由于原告购买该房时是善意的，因此，可基于善意取得制度获得该房产的所有权。

■ 被告甲公司辩称，虽被告违反建房合同，但该所谓抵偿之商品房产权仍属被告所有，乙公司无权处分，因此，原告与乙公司之间订立的房屋转让协议无效，原告购买该房屋不合法，不应予保护。而且，原告与乙公司之间进行的房屋转让，没有办理产权登记手续，这种房产转让也属于无效。



【律师点评】

在本案中，虽然甲、乙两公司有合同约定：如商品房完工交付3个月内，甲公司不付清乙公司工程款，则以建成的商品房5间（每间价格20万元）抵偿乙公司，产权证由乙公司与甲公司双方于半年内办理。但依据《物权法》的规定，“不动产物权的设立、变更、转让和消灭，经依法登记，发生效力；未经登记，不发生效力，但法律另有规定的除外”（第9条）。因此，在办理产权登记手续之前，该商品房仍归甲公司所有，乙公司转让该商品房的，属于无权处分。原告能否取得争议房屋所有权的关键就在于其依据甲、乙公司之间的建房合同购买该房屋，是否适用善意取得。

所谓善意取得，是指无权处分他人动产占有人，在依法将其动产转让给第三人以后，如果受让人在取得该动产时出于善意，就依法取得该动产的所有权，原所有人不得要求受让人返还。在法律上，善意

取得一般只适用于动产而不适用于不动产。原因是不动产有登记制度，不容易发生无权处分人转让不动产的情形。但随着社会经济形势的发展与变化，房地产市场的持续升温，现在在不动产领域也发生了越来越多的无权处分人擅自处分他人房产的情形。因此，为了保障买受人的合法权益，有必要对不动产也实行善意取得制度。例如，甲利用与登记机关的熟人关系将乙的房产登记为自己所有，后将其卖给丙，丙基于对登记机关的信任而取得该房产法律上的所有权。原所有权人乙只能向甲请求赔偿损失，不能要求丙返还房产。一般而言，房产价格比普通动产高，交易过程也比一般动产繁琐许多，如果不适用善意取得制度，则对买受人而言，无论经济上还是精力上，都是十分不公平的。而且现在房产交易流转速度加快，从提高交易信用、保障交易安全的角度看，也有必要保护买受人的善意取得权利。

因此，《物权法》规定："无处分权人将不动产或者动产转让给受让人的，所有权人有权追回；除法律另有规定外，符合下列情形的，受让人取得该不动产或者动产的所有权：（一）受让人受让该不动产或者动产时是善意的；（二）以合理的价格转让；（三）转让的不动产或者动产依照法律规定应当登记的已经登记，不需要登记的已经交付给受让人。"（第106条第1款）"受让人依照前款规定取得不动产或者动产的所有权的，原所有权人有权向无处分权人请求赔偿损失。"（第106条第2款）善意取得适用的前提是转让人处分财产构成无权处分。无权处分是指权利人无处分权而从事了法律上的处分行为，这种法律上的处分主要是通过买卖、设定抵押等使所有权转让。无权处分包括四种情形：一是无所有权的情形而对该财产进行处分，如承租人将承租的财产转让给他人。二是权利人有所有权但其处分权受到限制，如共有人之一未经其他共有人的同意处分共有财产。三是权利人不具有处分权的情形，如在附条件买卖中买受人未享有所有权而将标的物出让。本案即属这一情况。四是代理人擅自处分被代理人

的财产。

因为善意取得制度仅在于弥补让与人无权处分的欠缺，其保护的范围则仅限于对处分权的信赖，对于行为能力及代理权的信赖，不适用于善意取得。因此如让与人为无民事行为能力人，而受让人信赖其为完全民事行为能力人而受让动产，则不能适用善意取得制度。在一般情形下，无处分权人将不动产或者动产转让给受让人的，所有权人有权追回。但如果符合以下条件，则财产的受让人取得动产或者不动产的所有权。

第一，受让人受让该不动产或者动产时是善意的。善意是指不知情，受让人在受让财产时不知或不应知道让与人转让财产时没有处分该项财产的权限，而误信财产的占有人是所有人或具有处分他人财产的权限。当然善意也包括作为善意取得标的的物必须是法律允许流通的财产，如果法律禁止或者限制流转的物，则不能认为是善意，不能适用善意取得制度。受让人在受让该不动产或者动产时是善意的，但仅指受让人在受让财产的当时为善意，而与让与人（无权处分人）是否善意无关。如果让与人为善意，而受让人为恶意，则不能适用这项制度。善意的时间点：动产就是指交付之时，不动产就是指登记之时。

第二，财产以合理的价格转让，受让人属于有偿受让财产。善意取得的一个重要前提条件就是是有偿取得。这是因为，无偿转让财产本身就表明财产的来源可能是不正当的，一个正常人应当查明财产的来源或者应当知晓财产本身的权利瑕疵，如果知道财产存在权利瑕疵仍愿意受让该财产的，本身就说明受让人不是善意的或者是有重大过失的。另外，基于受让人无偿受让财产这一事实，返还财产并不会使受让人蒙受多大损失，所以无偿取得不适用善意取得。以合理的价格转让并不意味着受让人已经支付了相应的价款，只要该受让行为是有偿的，即使受让人还没有支付价款，也不影响善意取得的成立。

第三，转让的财产已经依法登记，不需要登记的已经交付给受让人。在善意取得制度中，转让的不动产或者动产依照法律规定应当登记的已经登记，不需要登记的已经交付给受让人，即受让人已经实际占有了该财产或者已经对该财产进行了登记。如果双方仅仅达成了合意，而并没有发生标的物占有的移转，则不能发生善意取得的效果。这是因为在这种情形下，双方当事人仍然只是一种债的关系。而善意取得为物权取得的一种方式，而对物权的保护只有经过公示，才可获得公信力；物权变动未经公示就不会发生真正的移转，受让人也无法取得该物权，其只能请求出让人交付财产。而此时，原所有权人所享有的权利仍然为物权，根据物权优于债权的原则，法律在这种情况下应首先考虑对原所有权人的保护。对于不动产物权的变动，以登记为转移的手段；对于动产物权的变动，以占有的移转为其公示手段。

在善意取得情况下，原权利人丧失动产或者不动产的所有权，而受让人取得动产或者不动产的所有权，善意取得作为所有权取得的一种方式，原权利人不得向善意的受让人主张返还原物。让与人与受让人基于法律行为而产生债权债务关系，受让人因善意而取得让与人移转其占有的财产所有权，而受让人应向让与人支付价金，如受让人不按法律行为支付价金，应承担违约责任。受让人取得不动产或者动产的所有权的，原所有权人有权向无处分权人请求赔偿损失。

在本案中，原告购买本案房屋时出于善意且无过失，并已平稳公然地开始占有。本案乙公司与甲公司之间的合同，实际上是一个附条件合同，即以商品房完工交付3个月内，甲公司能否付清工程款作为房屋抵偿的生效条件。从该合同的内容、方式来看，应认定为合法有效合同，即双方约定的条件成立，该抵偿则应当生效。然而该抵偿条件因未办理手续而未能实现所有权的转移。因此，乙公司对该抵偿之房无权处分。由于乙公司在找到原告协商房屋转让一事时，出示建房合同等有关证件，都可证明甲公司抵偿该商品房是合法有效的，且乙

公司以25万元大于抵偿的价格，也符合商品房市价，属于以合理价格转让；而且原告在进行该房装修时候，甲公司从未有人干涉，这使原告更难怀疑该房产抵偿的真实性。由此可见，原告购买本案房屋，是出于善意且是通过交换而实际占有取得该财产。

原告在购房时，之所以没有及时办理房产登记，并不是原告的过错，这是因乙公司与甲公司签订建房合同规定的缘故。在这种买受人实际占有只因售卖人原因未能及时办理登记的情况下，作为善意买受人的原告取得的所有权应受到法律保护。《物权法》第33条规定："因物权的归属、内容发生争议的，利害关系人可以请求确认权利。"对原告取得的房屋所有权应当依法予以确认。

5. 遭遇“一房两卖”，如何保护自己的权益?

【案情】

黄岳大学毕业后留在某城市工作，为了结婚，准备买一套经济适用的二手房。反复比较后，黄岳看中了孙某所有的一套两居室住房。经过双方协商，以20万元成交，签订了房屋买卖合同，黄岳交给孙某首笔购房款5万元，其余约定于3个月以内交付。期间，孙某与另一名购房者李某接洽，以25万元的价格将房屋出售给李某，并办理了过户手续。孙某提出返还黄岳交付的首笔购房款，遭到拒绝。双方为购房合同履行发生争议，诉至人民法院。

【争鸣】

■ 原告黄岳诉称，自己与孙某签订的购房合同合法有效，孙某将房屋转售给第三人，属于严重的违约行为。请求判决孙某与李某的交易无效，按约定条件履行房屋买卖合同。

■ 被告孙某同意返还购房款，但认为房屋已经过户给李某，无法履行与黄岳的买卖合同。

第三人李某辩称，对于原、被告之间的房屋买卖协议，自己并不知情。在此情况下购买了房屋并办理了产权转让手续，合法权益应当得到维护。请求确认自己与孙某的交易行为合法有效。



【律师点评】

在房屋交易中，由于签订房屋买卖合同、支付购房款与办理产权

登记之间存在一定的时间差，一些唯利是图的房产商或者房主一房两卖，甚至是一房多卖，将房屋出售给出价最高的购房者，损害了其他购房者的利益。对此，我国法律严格予以禁止。如《商品房销售管理办法》规定："房地产开发企业不得在未解除商品房买卖合同前，将作为合同标的物的商品房再行销售给他人"（第10条）；"在未解除商品房买卖合同前，将作为合同标的物的商品房再行销售给他人的，处以警告，责令限期改正，并处以2万元以上3万元以下罚款；构成犯罪的，依法追究刑事责任"（第39条）。

发生了一房两卖的情况，如何确定房屋的产权归属呢？我国法律对于不动产的权属变动采取的是以登记为准。《物权法》第9条规定："不动产物权的设立、变更、转让和消灭，经依法登记，发生效力；未经登记，不发生效力，但法律另有规定的除外"；第14条："不动产物权的设立、变更、转让和消灭，依照法律规定应当登记的，自记载于不动产登记簿时发生效力。"

因买卖而发生房屋所有权转移的，应当办理所有权转移、变更登记手续，即通常所说的过户登记手续。这时的"过户登记"是物权发生变动时具有公示性质的登记，公示的目的在于向他人展示，标的物所有权已经发生转移。而若没有公示，则不发生物权变动的效力，此时不能对抗善意第三人。所以，在一房二卖后，房屋所有权归谁所有的评判标准就是谁进行了过户登记，也就是"谁登记，谁拥有"。在日常生活中，人们可能觉得我拿到或者我占有着某件东西，这件东西就已经是我的了，但是事实往往不是这样，因为大宗物件比如房屋、汽车等必须要履行登记手续，这样才能向别人表明这件东西是你的。

孙某和黄岳，孙某和李某的买卖合同都是有效的。孙某和黄岳的买卖合同虽然已经部分履行，但是并没有办理房屋产权过户登记，不发生所有权转移的效力，不能对抗第三人，所以黄岳并没有取得该房

屋的所有权。而李某到房地产部门办理了过户登记手续，房屋所有权发生转移，张某取得房屋的所有权。

由于孙某严重的违约行为，导致合同无法履行，黄岳该如何维护自己的权益呢？根据一房两卖的不同情况，房屋的买受人可以采取不同的措施来维护自己的权益。如果房屋出卖人为第二个买受人办理了过户登记，第二买受人依登记取得了房屋的所有权，此时，第一买受人无法依据合同得到房屋的所有权，其权益受到侵害，可以向出卖人要求损害赔偿；如果房屋出卖人为第一个买受人办理了过户登记，又与第二买受人成立以同一房屋为标的物的买卖，并把房屋交给第二卖受人，此时，第一买受人可以向第二买受人行使物上请求权，要求返还房屋，因为第一买受人已经通过登记取得了该房屋的所有权，第二买受人无权占有，但是第二买受人可以向出卖人请求损害赔偿。房屋出卖人没有向第一买受人履行合同义务，又与第二买受人就同一房屋成立买卖，此时，买受人中谁先进行房屋所有权的过户登记，谁就取得了该房屋的所有权，而没有进行房屋登记的买受人可以向出卖人请求损害赔偿。

最高人民法院《关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》对于一房两卖的情况下，无法取得房屋的买受人享有的权利做出了规定，其中第8条规定："具有下列情形之一，导致商品房买卖合同目的不能实现的，无法取得房屋的买受人可以请求解除合同、返还已付购房款及利息、赔偿损失，并可以请求出卖人承担不超过已付购房款一倍的赔偿责任：……(二）商品房买卖合同订立后，出卖人又将该房屋出卖给第三人。"第9条规定："出卖人订立商品房买卖合同时，具有下列情形之一，导致合同无效或者被撤销、解除的，买受人可以请求返还已付购房款及利息、赔偿损失，并可以请求出卖人承担不超过已付购房款一倍的赔偿责任：……（三）故意隐瞒所售房屋已经出卖给第三人或者为拆迁补偿安置房屋的

事实。”

虽然黄岳没有取得房屋所有权，他和孙某之间的买卖合同却是真实有效的，只不过因为李某已经取得了房屋的所有权，黄岳和孙某之间的合同就发生了履行不能，孙某必须承担履行合同不能的违约责任。而在这种“一房二卖”的恶意、性质严重的违约行为中，出卖方必须承担较重的违约赔偿责任。依据上述司法解释的规定，黄岳可以请求解除合同，要求孙某返还已付购房款及利息、赔偿损失，并承担不超过已付购房款一倍（5万元）的赔偿责任。

为了避免一房两卖情况的发生，《物权法》还创设了预告登记制度。其第20条第1款规定：“当事人签订买卖房屋或者其他不动产物权的协议，为保障将来实现物权，按照约定可以向登记机构申请预告登记。预告登记后，未经预告登记的权利人同意，处分该不动产的，不发生物权效力。”购房者在签订房屋买卖合同之后、办理产权过户之前，可以申请预告登记。如果购房者办理了房屋买卖的预告登记，房产商或者房主再擅自处分房产，将其出售给其他购房者，就是无效的。办理预告登记的购房者可以请求继续履行合同，取得房屋的产权。

《物权法》第20条第2款同时规定：“预告登记后，债权消灭或者自能够进行不动产登记之日起三个月内未申请登记的，预告登记失效。”也就是说，购房者在办理了房屋买卖预告登记后，应当于能够办理产权登记之日起三个月内办理产权过户手续，否则的话，预告登记失效。房产商或者房主再将房屋转卖给他人并为其办理产权过户手续，购房者无权请求继续履行合同，只能要求房产商承担违约责任。

6. 农村的宅基地能否随房屋一起转让？

【案情】

田友是某村村民。自2000年开始，田友一直与儿子一家共同生活，老房子处于闲置状态。某国家机关退休职工张齐祖籍该村，一直想在村里买套房子，回乡生活。2007年6月，经人介绍，田友与张齐达成房屋买卖协议，以4万元的价格将房屋出让给张齐，双方办理了产权过户手续。在房屋买卖过程中，村委会曾出面阻挠，认为房屋和宅基地只能转让给本村村民。张齐不是本村村民，不能使用本村的宅基地。2007年10月，村委会向人民法院提起诉讼，请求确认房屋买卖协议无效。

【争鸣】

■ 原告某村村委会诉称，农村房屋买卖必须以村委同意并出具办理土地使用权变更手续的证明为前提条件，现村委认为双方的房屋买卖"属私下交易"，该买卖侵犯了村里其他集体成员的利益，故该协议无效。

■ 被告田友、张齐辩称，双方自愿达成房屋买卖协议，合法有效，请求人民法院予以保护。



【律师点评】

宅基地使用权作为宅基地使用权人依法利用集体所有的土地建造

住宅及其附属设施的权利，在性质上是一种带有社会福利性质的权利。它与土地承包经营权一样，由作为集体成员的农民无偿取得，无偿使用。从功能上讲，宅基地使用权是农民基于集体成员身份而享有的福利保障。在我国社会保障体系尚无法覆盖广大农村的现实情况下，土地承包经营权解决了农民的基本温饱问题，宅基地使用权则解决了农民的基本居住问题。这两项制度以其鲜明的福利色彩承担着维护农村稳定的重要功能。

《物权法》第152条规定："宅基地使用权人依法对集体所有的土地享有占有和使用的权利，有权依法利用该土地建造住宅及其附属设施。"宅基地使用权人对宅基地享有长期使用权。宅基地与房屋连为一体，为保有房屋，法律允许和保障宅基地使用权人享有对宅基地长期占有、使用、收益的权利。权利人有权在宅基地上修建房屋和其他建筑物、设施。宅基地使用权人可以在宅基地上修建各种生活和生产需要的建筑物、设施，如建造房屋、厂棚、猪圈和种植林木等，建筑物和附属物的所有权归宅基地使用权人个人所有。

同时，宅基地使用权人有按照批准的用途使用宅基地的义务。取得宅基地使用权的人，必须于规定的期限内在宅基地上建造住宅，不得擅自变更用途。否则，土地所有权人有权收回宅基地使用权。必须按照批准的面积建造住宅，任何人不得采取任何不法手段多占土地作为宅基地，否则应追究其法律责任。要服从国家、集体的统一规划，因国家、集体统一规划需变更宅基地时，使用权人应当配合，不得阻挠。因变更宅基地给使用权人造成困难或损失的，应当依法给予补偿。

关于农村的宅基地能否转让的问题，一直是个比较有争议的问题。对此，《物权法》第153条规定："宅基地使用权的取得、行使和转让，适用土地管理法等法律和国家有关规定。"《土地管理法》第62条第1款和第4款规定：农村村民一户只能拥有一处宅基地，

农村村民出卖、出租住房后，再申请宅基地的，不予批准。这一条规定的目的在于禁止村民多占宅基地，以免农村土地过多地被用于宅基地，从而保证耕地的数量不至于减少。如果允许某个人取得多处宅基地使用权，可能会损害其他成员的权利，对其他成员也不公平。但该规定并没有禁止或限制村民转让其宅基地。

从另一个角度看，农村房屋作为合法的私有财产，权利人依法买卖、赠与、继承、抵押等受法律保护。《物权法》第39条规定："所有权人对自己的不动产或者动产，依法享有占有、使用、收益和处分的权利。"农村房屋的所有权人同样应当平等、完全地享有法律规定的所有权权利。由于宅基地与房屋是不可分离的，房屋所有权不能离开土地使用权而单独转移，转让房屋所有权必然发生宅基地使用权的变动。"地随房走、房随地走"是我国现行法律的一项基本原则，既然宅基地上的房屋所有权可以依法转让，则意味着宅基地使用权也可以转让。

虽然国土资源部《关于加强农村宅基地管理的意见》等文件规定："严禁城镇居民在农村购置宅基地，严禁为城镇居民在农村购买和违法建造的住宅发放土地使用证。"但以行政规章的形式对公民享有的私有财产权进行限制，缺乏正当性与合法性。当然，考虑到宅基地毕竟是农民作为农村集体经济组织成员所享有的一种社会福利性质的权利，如果任由其转让，可能会对集体经济组织和其他成员的利益造成消极影响。因此，对宅基地的单独转让可以做适当限制，即只能转让给本集体组织成员。对外转让宅基地的，只能随房屋一起转让，以杜绝农民申请宅基地后不用于建房，而是倒手买卖的行为。

如果以宅基地使用权禁止转让为由而否定房屋所有权转让，不仅剥夺了房屋所有权人的民事权利，而且将导致由集体收回宅基地使用权因房屋的存在而受到阻碍的结果。因此当农村私房转让后，其宅基地使用权也应一并转让给受让人。当农村私房转让后只要受让人不改

变房屋的用途而一直用作生活居住，那么改变的仅是房屋所有权主体，房屋的用途仍未改变，从而也不会引起宅基地设立目的的变更，因此宅基地使用权归属于受让人。《物权法》第155条规定："已经登记的宅基地使用权转让或者消灭的，应当及时办理变更登记或者注销登记。"当事人应当及时办理宅基地转让登记手续。

在本案中，某村村委会认为房屋和宅基地只能转让给本村村民，张齐不是本村村民，不能使用本村的宅基地，从而要求确认田友、张齐的房屋买卖协议无效，与《物权法》、《土地管理法》等法律的规定相左。认为农村房屋买卖必须以村委同意，也没有法律依据。因此，某村村委会的诉讼请求理由不成立。当然，宅基地毕竟是农村集体经济组织成员享有的带有社会福利性质的权利，由集体成员无偿或仅支付少量费用取得。因此，农村房屋在转让给集体经济组织以外的其他成员以后，应当向集体补交适当的地价。某村村委会可以向受让人适当地收取一定的宅基地使用费。

7. 如何认定“阴阳合同”的效力?

【案情】

2006年10月，陈昱成看中某楼盘一套商品房，该房的套型、结构、朝向、环境等都很不错。但当时，开发商尚未取得该楼盘商品房预售许可证。由于担心该房子会被人抢先买走，陈昱成便和开发商签订了非正式购房合同，合同约定，开发商应当最迟于2007年9月1日交付房屋，如果开发商逾期交房，则按每天房价款的万分之五标准支付逾期交房违约金。如果开发商逾期交房超过一个月，陈昱成有权解除房屋买卖合同，开发商除退还陈昱成已付房款外，还要双倍退还定金。随后，陈昱成依约支付了2万元定金，后又支付了该房屋买卖款首期10万元。

2006年12月，开发商拿到了该楼盘预售许可证，售楼处要求陈昱成再来签订正式的商品房买卖合同。陈昱成正式签约时，发现正式合同中，交房时间被推迟到了2007年11月30日，并且，延迟交付房屋的违约处理方式变成按中国人民银行同期贷款利率计算。对此，售楼处工作人员解释，这只是为了办理购房手续，原来双方签订的合同仍然有效，陈昱成于是签约，但仍然保存了原合同。

后来该楼盘在开发过程中出现不少问题，开发商擅自更改了小区规划，陈昱成于是不准备再购买该房屋。2007年10月，陈昱成向开发商提出，该房已经逾期交付一个月，按原合同规定，自己有权退房并要求双倍返还定金。而开发商认为，陈昱成既然已经签订了正式的商品房买卖合同，就应该接受新合同的约束，公司可以按原合同规定，自9月1日起承担违约责任，但不能退房和双倍返还定金。双方

就此问题无法协商解决，陈昱成将开发商诉至法院。

【争鸣】

■ 原告陈昱成诉称，原购房合同是开发商在未取得房屋预售许可证的情况下签订的，属于违反法律规定的无效合同。自己有权要求开发商退房、返还购房款并赔偿损失。而新合同是在开发商误导下签订的，不是原告真实的意思表示，对原告没有约束力。

■ 被告开发商辩称，新合同是当事人双方在平等自愿基础上签订的，合法有效，应当按照新合同的约定履行各自的权利义务。被告已经按照新合同约定的时间交付房屋，没有违约行为，原告要求解除购房合同的诉讼请求没有法律根据。



【律师点评】

商品房买卖过程中，经常会出现开发商在未取得房屋预售许可证的情况下，以各种方法变相进行商品房销售的情形。本案的开发商就是在取得商品房预售许可证前后，与购房者先后签订了两份合同，也就是通常所说的“阴阳合同”。下面，就该案中两份合同的效力逐一进行分析：

（1）关于非正式合同的效力。陈昱成与房地产公司签署的非正式契约（我们简称其为旧合同）的效力究竟怎样呢？客观讲，在取得预售许可证前就开始卖房，并与客户签订自己拟订的认购书或买卖合同，这是大多数房地产开发商通行的做法。不出问题，大家相安无事，而一旦出了问题，就只能按法律规定解决。建设部《商品房销售管理办法》明确规定，开发商在未取得商品房销售（预售）许可证之前，是不能以各种名义、方法销售或变相进行商品房销售的，当

然，也就不允许开发商向购房者收取任何具有预付款性质的费用。而上述的通行做法违反了《商品房销售管理办法》和《城市房地产管理法》的规定。依据《合同法》的规定，违反法律、行政法规的强制性规定的合同无效。因此，本案中，陈昱成与开发商签订的旧合同是无效的，不能得到法律的保护。

合同无效，只是导致合同中约定的有关条款得不到法律的保护，但合同双方仍可以在合同约定之外，得到相应法律的保护。《合同法》第58条规定：合同无效或被撤销后，因该合同取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方因此受到的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任。以本案为例，既然旧合同是无效的，并且合同从签订时起就没有法律效力，那么陈昱成可以主张该合同无效，并要求退房、退款。而陈昱成在明知该合同无效的情况下仍然签署合同，其自身也是具有一定过错的，但这并不妨碍陈昱成要求开发商退还房款及赔偿损失。如果要求开发商支付违约金并双倍返还定金，则是追究违约责任的表现，既然该合同已经无效，那么依据法律规定，当事人也就不承担合同中约定的违约责任。因此，陈昱成无权要求开发商支付违约金和双倍返还定金。

(2) 关于新合同的效力。事实上，纠纷是在陈昱成签订了新合同后才出现的，那么，如何认定新合同的效力呢？此时，开发商的合同主体资格已经没有问题，合同内容也是符合法律规定的，那么，判断新合同是否有效，就只能看双方的意思表示是否真实一致。如果双方之间签订合同时，意思表示是真实的，比如说，开发商已经告知客户，一切将按照新合同来运行，包括交房时间、违约金、房屋面积等条款都已变更，客户接受了这样的变更，或者客户为了得到保障及维护自己的利益，不允许合同的主要条款作变更，要求在新合同中继续规定原有旧合同的条款，开发商也接受了这种意见，那么，双方所签

订的合同是建立在公平、合理、平等的基础上的，双方认可了新合同，从而确立了新的权利义务关系。这种关系是独立的，并非是原有旧合同的延续，哪怕是新旧合同中部分条款完全一样。这样的新合同是有效的，双方都要受新合同约束。房地产公司应按新合同约定的时间、面积、条件交房，客户也不可以随意退房。

但本案中情形不同，售楼人员一方面称，旧合同继续有效，另一方面，新合同与旧合同之间存在许多重要条款的不同。这就不能理解为新合同是在购房者意思表示真实的情况下签订的，而应该说，是在开发商售一定程度的误导下签订的，这样签订的新合同，应当是无效的，因此，该合同对双方权利义务的约定，也应当是无效的，陈昱成可以要求退房退款。但是，如果通过诉讼解决，陈昱成应当举证证明新合同是在开发商的欺骗误导之下签订的，否则陈昱成将承担不利的诉讼后果。

8. 为规避税费而签订“阴阳合同”的，发生纠纷如何处理？

【案情】

李霞将其拥有的一套三居室房屋转让给何霖。为了逃避税费，两人商定：签订甲、乙两份合同。甲合同约定的交易价格为40万元；乙合同约定的交易价格为20万元，主要是为了在办理产权过户手续时少缴税费。甲合同载明：交至房地产交易主管部门、房屋总价为20万元的买卖契约只是为了应付办理房屋产权证过户之用，不作为双方买卖房屋的正式契约，无任何法律效力。合同签订后，何霖向李霞支付了20万元购房款，办理了产权过户手续，并按照20万元的房屋价格缴纳了有关税费。余款按照合同约定于2007年8月底前付清。此后，何霖一直拖延支付余款，李霞经多次索要未果，向人民法院提起诉讼。

【争鸣】

■原告李霞诉称，在房产交易过程中，当事人双方签订了甲、乙两份买卖合同。乙合同的交易价格20万元，是为了在办理产权过户手续时少缴税费，甲合同载明乙合同不具有法律效力。虽然双方以乙合同办理了产权过户手续，但该合同反映的不是当事人双方的真实意思。被告在支付20万元购房款后，拒不支付余款，请求人民法院判决被告履行义务。

■被告何霖辩称，当事人双方虽然签订了甲、乙两份房屋买卖

合同，但在办理产权过户登记过程中是以乙合同申报的，该契约应受到法律保护。甲合同未经主管机关审核批准，不具有法律效力。被告已经按照甲合同的约定支付了购房款，不存在拖欠购房款的问题。



【律师点评】

《民法通则》第58条规定："下列民事行为无效：……（四）恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益的；"《合同法》第52条规定："有下列情形之一的，合同无效：……（三）以合法形式掩盖非法目的；"在我国，由于房产交易的税费是按照交易价格的一定比例收取，一些当事人了达到少缴税费的目的，签订阴阳合同，以较低的价格申报办理产权过户手续。本案即是因此而发生的纠纷之一。当事人将40万元的房屋交易价格以20万元申报，偷逃税费，严重损害了国家利益。乙合同虽然经过了房产交易主管部门的审核，但按照《民法通则》和《合同法》的规定，当事人恶意串通，损害国家利益，以合法形式掩盖非法目的，该合同应当认定为无效。

甲合同反映了房屋的真实交易价格，是当事人双方真实意思的表示，而且，在该合同中已经载明乙合同是为了办理产权过户之用，不具有法律效力。因此，甲合同的效力应当予以确认，当事人应当按照甲合同的约定履行义务。同时，当事人应当按照房屋的真实交易价格补缴税费并接受处罚。

9. 开发商不兑现广告承诺的，能否要求解除合同？

【案情】

某房地产开发公司开发的一商品房住宅小区进行了大量的广告宣传，其在广告中承诺：小区内设小学、超市、图书馆、保健站、公厕、独立报箱、绿地、中心花园等。谢兰在该小区附近工作，见到开发公司的广告后，觉得各方面条件都不错，经多次与开发公司接触、协商，与房地产开发公司签订《商品房预售合同》。合同签订后，谢兰依约履行了付款义务。2007年7月16日，房地产开发公司向谢兰发出入住通知，谢兰发现，小区内所谓学校、超市、图书馆、保健站等根本没有，大面积的绿地也改建成车库。谢兰认为：房地产开发公司不履行广告承诺，是欺诈销售。于是，谢兰向房地产开发公司提出交涉，没有得到满意的答复，随即向人民法院提起诉讼，要求退房还款并赔偿损失。

【争鸣】

■ 原告谢兰诉称，开发商在售楼广告中进行虚假宣传，自己受误导签订了购房合同，违背了自己的真实意愿。

■ 被告某房地产开发公司辩称，在小区建设的最初规划中，确有小学、超市、图书馆、保健站、公厕、独立报箱、绿地、中心花园等内容，后因实际情况变化而进行了调整。在双方签订的购房合同中并未对上述内容进行约定，广告宣传的内容也并不当然地成为合同的一部分。因此，被告也没有违约行为，不同意原告的诉讼请求。



【律师点评】

这里首先要明确两个概念：要约和要约邀请。要约就是希望和他人订立合同的意思表示。构成要约有两个条件：一是内容具体确定，二是表明只要他人承诺，我就遵守。要约邀请是希望他人向自己发出要约的意思表示。如果要约被对方承诺了，合同也就成立了，作为发出要约的人就要受自己要约内容的约束，不履行，要承担合同法上的违约责任；而要约邀请就没有这种法律后果，如果要约邀请被接受了，受邀请人发出要约，发出要约邀请人的不承诺，合同就没有成立，自然不需要承担什么责任。一般的广告只是要约邀请，而不是要约，不能自然成为合同的一部分，如果双方在后来签订的合同中没有把广告内容写进合同，就不受约束，购房者不能追究开发商的违约责任。当然，如果说商业广告的内容明确具体，符合要约规定的，也视为要约。

所以，最高人民法院《关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第3条规定："商品房的销售广告和宣传资料为要约邀请，但是出卖人就商品房开发规划范围内的房屋及相关设施所作的说明和允诺具体确定，并对商品房买卖合同的订立以及房屋价格的确定有重大影响的，应当视为要约。该说明和允诺即使未载入商品房买卖合同，亦应当视为合同内容，当事人违反的，应当承担违约责任。"在本案中，房地产开发商在售房前对其所出售的商品房进行了一系列的广告宣传，宣传内容包括小区将建有小学、保健站等，以上宣传对原告订立商品房买卖合同应该说产生了决定性影响。因此，按照上述司法解释的规定，开发商的广告承诺即便未在商品房买卖合同中进一步载明，仍然应当视为合同的一部分。开发商未兑现广告承诺，构成违约，原告有权解除合同并要求赔偿损失。至于开发商是否进行了虚假宣传、是否构成欺诈，与本案的处理结果没有必然联系。

10. 因天气原因导致延期交房的，开发商能否要求免责?

【案情】

2007年1月，罗嘉与某房地产开发公司签订了一份《商品房买卖契约》，该契约除对房屋价格、付款方式等作出约定外，在交房时间条款中补充约定为“除不可抗力因素外，开发商应至迟于2007年6月交房，如逾期90日仍未交房，罗嘉有权利退房，有权要求开发商按合同总价的4%支付违约金，并可以要求赔偿损失。”契约签订后罗嘉按合同约定支付了首付款，可令罗嘉没有想到的是，到了2007年10月开发商仍未交房，罗嘉多次发函催促，开发商称，我们也想按合同约定按期向购房者交付商品房，但不能如期交房是由于施工中遇到暴雨，致使没法按工程进度施工，上述情况属于合同中约定的不可抗力，可以延期交房。罗嘉在多次交涉毫无结果的情况下，将开发商诉至法院，请求解除购房契约，并要求发展商退回房款并按合同总价款的4%支付违约金。

【争鸣】

■原告罗嘉诉称，某房地产开发公司延期交房达4个月，按照合同约定，自己有权解除合同并要求被告支付相当于房价4%的违约金。施工期间遭遇的暴雨属于正常的天气现象，并非不可预见的不可抗力因素，开发商完全可以根据当地气候特点来合理安排工期，确定交房时间，保证按时交付房屋。开发商以暴雨天气为不可抗力，要求免责，缺乏法律依据。

■被告某房地产开发公司辩称，暴雨天气属于法律上的不可抗力，应当免除被告的违约责任，不同意解除合同和支付违约金。



【律师点评】

近年来，由于中国房地产市场处于发展阶段，很多东西并不规范，尤其是广大购房者对相关法律知识不了解，部分开发商往往利用这一点，在合同中引用相关法律规定来规避应由其承担的法律责任。而不可抗力条款是开发商在合同中使用率比较高的一个基本法律条款。一旦发生纠纷开发商与购房者由于理解的角度不同经常会发生一些争议。现就“不可抗力”这一条款简要分析如下：

我国《民法通则》第153条、《合同法》第117条都规定，“不可抗力”是指不能预见、不能避免并不能克服的客观情况。依据此规定，如果一个事件要构成不可抗力应同时具备以下几个条件：(1) 事件应发生在订立合同之后。合同一方当事人在订立合同时就已知或应知的事件不能作为免责事由。(2) 该事件是在订立合同时双方所不能预见的事。对于依据商业常识在订立合同时应当预见的事件不属不可抗力。如价格涨跌等。(3) 该事件的发生是不可避免、不能克服的。如果当事人能够避开事件对合同的影响，当事人能够以其拥有的手段克服事件对合同的影响，就不属于不可抗力。(4) 该事件不是因为任何一方过失所引起的。开发商在发生不可抗力事件后还应按我国合同法的规定及时通知购房者，且开发商必须取得相应部门对该事件所出具的证明后方可免责。否则就不能视为不可抗力，应追究开发商的违约责任。

由此可以看出，作为购房合同中免责事由的“不可抗力”，一定要是符合法律明确规定的，不能凭自己的主观臆想去推定，否则是要

承担相应的法律责任的。在现行房地产交易中，开发商通常将以下事项列为不可抗力条款下的免责事项：(1) 施工中遇到异常困难及重大技术问题不能及时解决；(2) 市政配套的批准与安装的延误；(3) 因天气因素造成延误。其实，发展商所述的这三种事件的情况，依据法律的规定可以推出，都不具备不可抗力的三个必备条件，即并非为不能预见、不能避免且不能克服的客观情况。

简单地分析一下，在施工中遇到的困难和技术问题是开发商在建造房屋之前就可以预见的，即使是不能克服的，那也是开发商在建造房屋过程中自己所需要承担的风险，而不能将此风险转移给购房者。市政配套的批准与安装是具有一定的程序性，开发商在最初总体规划时就应当可以预见批准与安装的期限，如果确实是政府行为而导致延误的，那也是开发商在开发房产过程中可以预见和可能要承担的风险，而不能将此风险转移给购房者。天气因素对施工进度的确会造成影响，但狂风或暴雨均为正常的天气现象，并非不能预见，作为开发商在销售商品房时，就应当依据该地区的气象记录，合理预计工期，确保其在承诺的交屋日期前能够顺利完工。如果在契约中将此类事件列入不可抗力条款项下，则因违反法律的明确规定，成为无效条款，同时开发商也不能以不可抗力为由而行使抗辩权。

11. 按揭贷款是不是已付款?

【案情】

赵林与某房地产公司签订了一份商品房购销合同，约定交房时间为2007年2月。合同约定逾期超过3个月，开发商按购房者累计已付款的10%向购房者支付违约金。如果实际损失超过违约金时，应再予补足。该房总价为80万元，赵林首付为30万元。到6月底，开发商还是无法交房。赵林要求按总房价的10%，支付违约金8万元，而开发商认为首付款只有30万元，其中50万元是银行按揭款，不能算已付款，双方难以达成共识，诉至人民法院。

【争鸣】

■ 原告赵林诉称，50万元的银行按揭贷款是以自己的名义向银行借贷，然后支付给开发商的，并以房子为抵押担保。还款的责任和风险都由自己承担。因此，该笔贷款应当属于已付房款的范畴，以总房价为基数计算违约金。

■ 被告某房地产公司辩称，银行按揭贷款的保证人是被告，原告与被告共同承担还款风险。如果将该笔贷款计算在已付房款内，以总房价为基数要求被告支付违约金，对被告而言显失公平。



【律师点评】

已付款应当包括银行按揭到位的贷款，也就是说，只要开发商收

到了银行的按揭款50万元，已付款就是80万元。

因为，第一，向银行按揭的借款人是购房者，而不是开发商。第二，每月向银行还贷款的也是购房者，而不是开发商。第三，按揭贷款必须把购房子作为抵押物登记担保，虽然开发商也作为保证人，但实际上开发商的风险几乎是零。因为万一购房者无法支付房款，银行首先可以通过拍卖的方式来弥补损失。第四，开发商进行担保都是为了商业目的，而不是为了公益事业。再说，万一有点风险，也完全可以向购房者追偿。根据上述法律特点，该开发商应该一次支付违约金8万元。

如果上例赵林与开发商在合同中约定，逾期超过3个月可以解除合同、退房，那么，在退房前他是否可以停止向银行还款？从法律上看，房产买卖合同与按揭贷款合同是两个既有联系又各自独立的合同，购房者与开发商之间是一种房屋买卖关系，购房者与银行之间是一种借贷关系，两者虽有关系，但完全是两种独立的法律关系。因此，只要出现了合同约定的解除条件，购房者就可以解除房地产买卖合同，不因取得了按揭贷款而影响买卖合同中购房者解除合同权利的行使。根据赵林与房地产公司所签订的商品房买卖合同的约定，房地产公司已逾期90天不能交付房产，他有权依法解除合同，要求房地产公司退还已交付的全部房款，并要求其承担违约责任。

但解除购房合同，并不同时解除按揭贷款合同，他与银行的债权债务关系仍然存在，购房者仍应履行还款义务。因此，开发商逾期不能交房，购房者解除房产买卖合同前，购房者应根据按揭贷款合同的约定按期向银行还款，不能因开发商没有交房而停止向银行还款，否则银行将追究购房者的违约责任。在购房者解除房产买卖合同，取得开发商返还的购房款后，购房者应及时与银行联系，协商提前还款事宜，将剩余贷款本息提前偿还给银行，终止按揭贷款合同。

可见，在商品房预售买卖中采取按揭贷款方式付款，购房者存在较大的风险。如果开发商不能按期交房，一方面，购房者不能及时取得房产的使用权；另一方面，购房者还得按期偿还银行贷款。因此，当出现开发商不能按期交房的情况时，购房者应积极通过法律途径维护自己的利益。

12. 所购房屋采光不足，是否有权退房？

【案情】

王喜采取一次性预付全部房款的方式购买了一套预售商品房。当时考虑到同住的父母年事已高，王喜选择了一楼一套附带小庭院的三居室。并在2007年春节前夕收到了入住通知书。可是满心欢喜的王喜到了交房现场一看，心里顿时凉了半截：由于前楼遮挡，阳光只能勉强通过窗户照进客厅，但整个小庭院却不见一点阳光。想到自己倾尽半生积蓄买来的房子却有几个月见不到阳光，王喜愤而将开发商告上法庭，要求退房。

【争鸣】

■ 原告王喜诉称，自己购买的房屋采光不足，影响了其使用价值，导致购买房屋的目的无法实现。请求人民法院判决解除购房合同，被告返还已付购房款。

■ 被告某房地产公司辩称，房屋的设计完全符合合同约定和法律规定。双方在购房合同中并未就房屋及其庭院的采光条件做特别约定。原告的诉讼请求没有法律和合同依据，不同意解除购房合同。



【律师点评】

根据我国《民法通则》、《合同法》、《担保法》、《城市房地产管理法》和建设部《商品房销售管理办法》等法律、规章的有关规定，

购房人在以下6种法定条件下享有退房权利：

（1）购房合同无效而导致退房。如果开发商的销售行为违反了法律、行政法规的强制性规定，比如开发商已将土地设定抵押却没有告知购房人，开发商未取得预售许可证等，根据法律规定购房合同无效，购房人有权退房。

（2）购房合同被依法撤销而导致退房。对于购房人因重大误解而订立的合同，或者在订立合同时显失公平的，或者开发商以欺诈、胁迫、乘人之危的手段使购房人在违背真实意思的情况下订立的合同，购房人有权请求人民法院或者仲裁机构户以变更或者撤销。但通常情况下，购房人想以此作为退房的理由，往往举证较为困难。

（3）套型误差而导致退房。对于交房时的套型与设计图纸不一致的，或相关尺寸超出约定的误差范围，而合同中又未约定处理方式的，购房人有权退房。这种情形适用于按套计价的预售房屋。

（4）面积误差而导致退房。根据建设部《商品房销售管理办法》，凡实际测量的与合同约定的建筑面积或套内建筑面积误差比绝对值其中有一项超出3%的，购房人有权退房。

（5）规划设计的变更而导致退房。开发商擅自变更规划、设计的，或者经规划部门批准的规划变更、设计单位同意的设计变更导致商品房的结构型式、户型、空间尺寸、朝向变化，以及出现合同当事人约定的其他影响商品房质量或者使用功能情形的，开发商未能在变更确立之日起10日内，书面通知购房人的，购房人有权退房。

（6）房屋主体结构质量不合格而导致退房。主体结构指的是承重墙、梁、柱等，如果发生地基基础的沉降超过允许变形值，钢筋混凝土构件产生变形、裂缝，砖石结构没有足够的强度和刚度等质量问题，并经工程质量检测机构重新核验，确属主体结构质量不合格的，

购房人有权退房。当然，对于一般的门窗、墙壁等方面存在的质量问题，除非双方有明确约定，否则，购房人无权仅据此退房。

一旦购房人因为疏忽没能在购房合同中对退房条件作出约定，那么，以上6种法定退房权利将是购房人进行事后救济、维护自身权益的重要法律武器。当然，需要提醒购房人的是，法定退房无论是在适用范围还是在适用条件上都有严格的限制。而且，由于后4种法定退房权系由部门规章加以规定，立法位阶较低，如果双方协商一致，完全可以通过合同改变这4种情形下所规定的退房处理方式，所以购房人要特别警惕开发商通过合同附件或补充条款对上述情形下的处理方式做出特殊约定，从而剥夺了自己的退房权利。

购房人除了享有以上法定退房权利外，还可以通过签订购房合同及其附件以及补充协议为自己设定比较广泛的的退房权利，这就是购房人的约定退房权。预售商品房买卖合同从法律性质上来说是一种远期交货合同，购房人在付出价款的同时，享有对商品房的期待利益，为了保证这种期待利益的实现，购房人应当在合同中对自己心目中的房屋的规格、设计、尺寸、性能做出尽可能的明确约定，并设定退房条件，尤其要注意要求开发商将其每一项口头和书面的承诺落实到购房合同及其附件、补充协议的文字中去，并予以签字认可。比如，购房人可在合同中约定在开发商逾期交房时、装修达不到约定的标准时、自己办理的按揭贷款未获银行批准时、小区的公用设施不符合双方约定时等，自己有权退房。这样，一旦自己的期待不能实现或开发商的承诺不能兑现，那么，约定退房的条件成立，自己即可以此要求退房，从而有效地避免损失。

如果王喜在订立购房合同时不仅对楼间距做出约定，同时还约定前幢楼的楼高不得超出一定高度或者约定开发商应保证前幢楼建成后不得给自己庭院的采光造成任何影响，否则，自己有权退房，那么，不难推断，王喜将毫无疑问地取得胜诉的结局了。然而，由

于当事人双方在购房合同中未对采光条件做出明确约定，开发商也没有改变原规划、设计，而且前后楼之间的楼间距也完全符合双方在购房合同中的约定，王喜的退房请求既无法定的退房理由，也不符合双方约定的退房情形，缺乏法律和合同依据，无法获得人民法院的支持。

13. 故意隐瞒没有取得商品房预售许可证明的事实签订购房合同，开发商应否双倍返还购房款?

【案情】

王冬经过现场勘察，决定购买某房地产开发公司建设中的一套商品房。双方经协商签订了商品房买卖合同，王冬向某房地产开发公司交纳了购房款10万元。但该公司一直未办理商品房预售许可证，导致房屋无法交付使用和办理产权手续。王冬多次到该公司协商，要求某房地产开发公司返还购房款。该公司工作人员为王冬出具了欠条，承诺双倍返还购房款20万元。但某房地产开发公司一直未按约定履行义务，王冬向人民法院提起诉讼。

【争鸣】

■ 原告王冬诉称，被告在未取得商品房预售许可证的情况下与购房者签订买卖合同，属于欺诈销售。请求人民法院判决确认商品房买卖合同无效，被告双倍返还购房款。

■ 被告某房地产开发公司辩称，原告在签订商品房买卖合同时明知被告没有取得商品房预售许可证，被告没有故意隐瞒没有取得商品房预售许可证的事实，不存在欺诈，因此无须承担双倍返还购房款的责任。被告工作人员出具的欠条是在原告要求退房的情况下，由于资金不到位，给其出具的，不是被告真实意思表示，且显失公平。被告同意撤销购房合同，但不同意双倍返还购房款。



【律师点评】

《城市房地产管理法》第45条规定:“商品房预售应当符合下列条件:(一)已交付全部土地使用权出让金,取得土地使用权证书;(二)持有建设工程规划许可证;(三)按提供预售的商品房计算,投入开发建设的资金达到工程建设总投资的25%以上,并已经确定施工进度和竣工交付日期;(四)向县级以上人民政府房产管理部门办理预售登记,取得商品房预售许可证明。”《商品房销售管理办法》第22条规定:“不符合商品房销售条件的,房地产开发企业不得销售商品房,不得向买受人收取任何预订款性质费用。”《城市商品房预售管理办法》第6条规定:“商品房预售实行许可制度。开发企业进行商品房预售,应当向房地产管理部门申请预售许可,取得《商品房预售许可证》。未取得《商品房预售许可证》的,不得进行商品房预售。”第9条规定:“开发企业进行商品房预售,应当向承购人出示《商品房预售许可证》。售楼广告和说明书应当载明《商品房预售许可证》的批准文号。”

从上述法律、法规的规定可以看出,商品房预售许可证是进行商品房预售、签订预售合同的必要条件。在没有取得商品房预售许可证的情况下签订的商品房买卖合同,因违反法律规定,按照《合同法》的规定,“有下列情形之一的,合同无效……(五)违反法律、行政法规的强制性规定”(第52条第5项)。最高人民法院《关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第2条规定:“出卖人未取得商品房预售许可证明,与买受人订立商品房预售合同,应当认定无效,但在起诉前取得商品房预售许可证明的,可以认定有效。”被告在原告起诉之前仍未取得商品房预售许可证,涉案的商品房买卖合同应当认定为无效。

最高人民法院《关于贯彻执行〈民法通则〉若干问题的意见》第68条规定："一方当事人故意告知对方虚假情况或者故意隐瞒真实情况，诱使对方当事人作出错误的意思表示的，可以认定为欺诈行为。"所谓欺诈，法律上是指一方当事人故意告知对方虚假情况，或者故意隐瞒真实情况，诱使对方做出错误意思表示的行为。构成欺诈行为，必须具备三个条件：第一，经营者主观上有欺诈的故意。这里的故意是以当事人对真实情况的明知为前提的，既包括故意告知虚假情况，也包括故意隐瞒真实情况。第二，一方欺诈的目的是诱使对方实施民事法律行为。第三，对方当事人因欺诈才做出错误的意思表示，也就是说，当事人做出的意思表示是因一方当事人提供的情况不真实所致，如果对方当事人知道真实情况就不会做出。

在本案中，被告是否故意隐瞒了未取得商品房预售许可证的事实，是否存在欺诈行为？应当承担什么责任呢？最高人民法院《关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第9条第1项规定："出卖人订立商品房买卖合同时，具有下列情形之一，导致合同无效或者被撤销、解除的，买受人可以请求返还已付购房款及利息、赔偿损失，并可以请求出卖人承担不超过已付购房款一倍的赔偿责任：(一)故意隐瞒没有取得商品房预售许可证明的事实或者提供虚假商品房预售许可证明。"从被告工作人员给原告出具的欠条可以看出，其承诺双倍返还购房款，该双倍返还购房款的承诺与法律规定故意隐瞒没有商品房预售许可证承担双倍偿还购房款责任的规定相一致。由此可见，被告存在故意隐瞒没有取得商品房预售许可证事实的欺诈销售行为，按照司法解释的规定，原告有权要求适用惩罚性赔偿，由被告承担双倍返还购房款的法律责任，还可以要求其赔偿其他损失。

14. 在房屋买卖中，契税能否由出卖人承担？

【案情】

2007年元旦前后，某房地产开发公司与刘成友等业主签订了商品房购销合同。合同中约定了购房位置、销售价格、建筑标准、结算、付款、验收方法、税费负担、违约责任以及房屋售后管理等。合同第2条第2项约定："商品房价格以建筑面积每平方米造价为计算单位，内容包括：勘测设计、土地征用青苗补偿、劳动力安置，房屋建安工程费用、给排水电等配套设施费用。"第6条第2项约定："甲方（公司）负责办理房屋交易和产权手续，并领取房权证，待乙方（买主）将全部款额交足甲方后，由甲方连同购销房屋一并移交给乙方，所需经费按有关规定执行。其余有关税费均包括在商品房的单位造价内，不再另行收取。"2007年8月，某房地产开发公司陆续向业主交付了房屋。2007年10月，地税部门向刘成友等业主征收了契税及滞纳金。刘成友等业主认为依据购房合同约定，契税应当由某房地产开发公司承担，遭到某房地产开发公司的拒绝，遂向人民法院提起诉讼。

【争鸣】

■原告刘成友等业主诉称，原告与被告签订的商品房购销合同第6条第2项明确规定："其余有关税费均包括在商品房的单位造价内，不再另外收取。"其意思表示真实，权利义务明确，契税已包括在单位造价内，应由被告承担。请求判决被告退还原告缴纳的契税款

项并赔偿因被告迟延缴纳契税而被征收的滞纳金。

■被告某房地产开发公司辩称，商品房购销合同第6条规定的不另收取的税费是指房产售前的税费，如耕地占用税、营业税、水电增容费、消防管理费等。契税是房产售后买方应完纳的契税，不包括在商品房单位造价之内。原告的诉讼请求没有法律依据，应当驳回其起诉。



【律师点评】

《契税暂行条例》规定："在中华人民共和国境内转移土地、房屋权属，承受的单位和个人为契税的纳税人，应当依照本条例的规定缴纳契税"（第1条）；"契税征收机关为土地、房屋所在地的财政机关或者地方税务机关"（第12条）。根据该条例的规定，契税的纳税义务发生时间，为纳税人签订土地、房屋权属转移合同的当天，或者纳税人取得其他具有土地、房屋权属转移合同性质凭证的当天。纳税人应当自纳税义务发生之日起10日内，向土地、房屋所在地的契税征收机关办理纳税申报，并在契税征收机关核定的期限内缴纳税款。纳税人办理纳税事宜后，契税征收机关应当向纳税人开具契税完税凭证。纳税人应当持契税完税凭证和其他规定的文件材料，依法向土地管理部门、房产管理部门办理有关土地、房屋的权属变更登记手续。纳税人未出具契税完税凭证的，土地管理部门、房产管理部门不予办理有关土地、房屋的权属变更登记手续。

依据《契税暂行条例》的规定，房屋买卖的，契税的计税依据是成交价格。房产契税是一种财产税，是以财产的数量和总价值为对象，并且是房产售后的税目，有专门的征收机关。它不可能包含在房屋造价之内。因此，房产公司无权代征，也无法代征。原告以购销合

同第6条第2项“其余有关税费均包括在商品房的单位造价内，不再另外收取”的约定而推定房产契税应由被告承担，这显然属于对房产契税形成及其特征税的错误理解。合同中约定“其余有关税费均包括在商品房单位造价内”的税费，应是指房屋买卖成立之前的税费，不包括房屋买卖成立之后的契税。

开发公司未告知原告契税不属于合同约定的“其余有关税费”的范围，不包括在商品房的单位造价内，交纳义务由原告承担，是否是欺诈的民事行为？构成欺诈的民事行为有三个要件：欺诈方有欺诈的故意；有欺诈的行为；受欺诈一方因陷入错误认识而进行了民事行为。根据法律的规定，房屋买卖合同签订后，买受方应及时交纳契税，这是房屋买受方应知的法定义务。契税所产生的是一种征税机关与承受方的行政行为，而不是买卖双方的民事行为，因而被告没有告知的义务。同时，在双方的合同中，也无欺诈行为的意思表示，被告没有作出代征的表示。如果被告作出代征的表示或同意由其交纳契税，这种行为就是违反法律的无效行为。由此看来，开发公司没有实施欺诈民事行为。应当认为，双方合同中的约定确有模糊之意，容易使人产生误解。但此并不影响契税义务人应承担的义务的履行和此义务属房屋承受方应知内容的认定。纳税义务应当由原告承担。

15. 国家出台调控政策导致房产交易税费增加的，能否解除合同？

【案情】

2006年5月，夏宣与李响达成协议，购买李响的一套房屋。由于房屋购买于两年前，按照当时的政策，不需要缴纳二手房交易的营业税。但就在当事人双方准备办理过户手续时，国家针对二手房交易的宏观调控政策出台，二手房交易营业税征收时限由2年延长至5年。因此，该房屋的交易需要缴纳数万元的营业税。在应当由谁承担这笔税费的问题上，双方无法协商一致，李响提出解除合同，遭到夏宣的拒绝，诉至人民法院。

【争鸣】

■ 原告夏宣诉称，当事人双方签订的房屋买卖合同是真实的意思表示，合法有效。按照政策规定，二手房交易的营业税应该由卖家承担。虽然由于国家调控政策的出台，导致交易成本增加，但只是导致卖房收益的减少，并非使交易无法进行。因此，请求人民法院判决被告履行合同，将房屋交付给原告并办理过户手续，同时承担国家规定的税费。

■ 被告李响辩称，二手房交易调控政策的出台是当事人双方在签订买卖合同时无法遇见的，也是不能避免的。否则的话，被告在确定房屋价格时就会考虑税费的因素。现在由于需要缴纳营业税，使被

告的利益受到了极大的影响，无法实现合同目的，根据法律规定，政策出台属于“不可抗力”因素，合同应当解除。



【律师点评】

解决本案争议的关键是国家宏观调控政策的出台是否属于不可抗力。根据我国《民法通则》第153条、《合同法》第117条的规定，“不可抗力”是指不能预见、不能避免并不能克服的客观情况。依据此规定，如果一个事件要构成不可抗力应同时具备以下几个条件：(1)事件应发生在订立合同之后。合同一方当事人在订立合同时就已知或应知的事件不能作为免责事由。(2)该事件是在订立合同时双方所不能预见的事。对于依据商业常识在订立合同时应当预见的事件不属不可抗力。如价格涨跌等。(3)该事件的发生是不可避免、不能克服的。如果当事人能够避开事件对合同的影响，当事人能够以其拥有的手段克服事件对合同的影响，就不属于不可抗力。(4)该事件不是因为任何一方过失所引起的。《合同法》第九十四条规定：“有下列情形之一的，当事人可以解除合同：(一)因不可抗力致使不能实现合同目的。”

那么，国家宏观调控政策的出台是否属于不可抗力呢？在司法实践中，地震、海啸、战争等是最常见的被认定为不可抗力的事件。“政策出台”被认定属于不可抗力的案例非常罕见。法律界通常认为不属于不可抗力范畴。例如，在本案中，国家针对二手房交易的调控政策的出台并非是完全不可预见的。当事人根据国家一段时期内对房产交易的调控形势的分析，完全可以对政策变化形成合理的预期，从而适当地安排交易的时间、价格；政策出台也并非使交易无法进行、合同目的无法实现，只是因为交易成本增加，导致被告的收益减少，

所以不符合不可抗力的“不能克服”的特征。如果因为被告收益减少而允许解除合同，取消交易，必将损害对方当事人的利益。被告规避了交易风险，但就对方当事人而言是非常不公平的，也不利于维护交易秩序，促进市场的稳定、健康发展。所以，被告以不可抗力为由要求解除合同，理由不成立。

16. 房屋交付使用多年开发商仍不给办理产权证的，能否解除合同？

【案情】

徐鼎与某房地产开发公司签订商品房预售合同，购买该公司开发的一套复式房屋。合同约定：房屋产权登记手续按照有关法律规定办理。2005年6月，房屋交付使用。但直到2007年10月，某房地产开发公司仍然未给徐鼎办理产权登记和权属证书。徐鼎向人民法院提起诉讼，要求解除购房合同，返还购房款并赔偿损失。

【争鸣】

■ 原告徐鼎诉称，被告在房屋交付使用后长达两年多的时间里一直未给原告产权登记和房产证，严重侵害了原告的权益，违反了国家法律规定和买卖合同的约定，请求人民法院判决解除合同并赔偿损失。

■ 被告某房地产公司辩称，依照《民法通则》关于诉讼时效之规定，当事人向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为两年。本案中没有法律规定的特殊情况，也不存在时效中止、中断的情形，从法律规定的办理产权登记期限届满之日起超过两年。原告对法律规定的办理产权登记期限届满自始就应当是知道或者应当知道的。因此，被告起诉已经超过诉讼时效。当事人双方订立的买卖合同也并未约定被告未及时办理产权登记的，原告可以解除合同。因此，原告的诉讼请求没有法律和合同依据，理由不成立。即便原告有权解除合

同，按照最高人民法院《关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》的规定，“法律没有规定或者当事人没有约定，经对方当事人催告后，解除权行使的合理期限为三个月。对方当事人没有催告的，解除权应当在解除权发生之日起一年内行使；逾期不行使的，解除权消灭。”房屋在 2005 年 6 月交付使用，被告在 2007 年 10 月提起诉讼，显然已经超出权利的除斥期间，丧失了胜诉权。



【律师点评】

《合同法》第 94 条规定：“有下列情形之一的，当事人可以解除合同：（一）因不可抗力致使不能实现合同目的；（二）在履行期限届满之前，当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务；（三）当事人一方迟延履行主要债务，经催告后在合理期限内仍未履行；（四）当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的；（五）法律规定的其他情形。”具备了上述情形后，当事人就享有法定的合同解除权。当然，按照《合同法》的规定，当事人也可以经协商一致解除合同，或者事先可以约定当事人一方解除合同的条件。解除合同的条件成就时，解除权人可以解除合同（第 93 条）。

在本案中，当事人双方签订的商品房预售合同并没有就原告的合同解除权进行约定，当事人也未协商一致，但按照《合同法》第 94 条的规定，由于被告在房屋交付使用后长达两年零 4 个月的时间里，一直未给原告办理产权登记并协助其取得房产证，导致原告的房屋产权一直处于不确定、不完整的状态，违反了商品房买卖合同的约定，迟延履行主要债务，导致原告订立商品房买卖合同的目的无法实现，原告因此依法享有法定的合同解除权。那么，原告的这一权利应当在

多长的期限内行使呢?《合同法》第95条规定:“法律规定或者当事人约定解除权行使期限,期限届满当事人不行使的,该权利消灭。法律没有规定或者当事人没有约定解除权行使期限,经对方催告后在合理期限内不行使的,该权利消灭。”本案的合同解除权行使期限没有法律规定和当事人约定,从本案的情形看,被告也不可能催告原告行使合同解除权,因此不存在法律规定的解除权行使的合理期限。

最高人民法院《关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第15条第2款规定:“法律没有规定或者当事人没有约定,经对方当事人催告后,解除权行使的合理期限为三个月。对方当事人没有催告的,解除权应当在解除权发生之日起一年内行使;逾期不行使的,解除权消灭。”但结合该条第1款“根据《合同法》第九十四条的规定,出卖人迟延交付房屋或者买受人迟延支付购房款,经催告后在三个月的合理期限内仍未履行,当事人一方请求解除合同的,应予支持,但当事人另有约定的除外”的规定,上述司法解释主要适用于出卖人迟延交付房屋或者买受人迟延支付购房款,导致对方当事人行使合同解除权的情况,不适用当事人因迟延办理产权证而提出解除商品房买卖合同的情形。

当然,在没有其他规范可以依据的情况下,也可以参照上述司法解释,即在本案被告没有催告原告方行使合同解除权的情况下,原告应当在解除权发生之日起1年内行使,否则即丧失该权利。如何确定解除权发生之日呢?根据当事人双方签订的商品房预售合同,房屋产权登记手续按照有关法律规定办理。《城市房地产开发经营管理条例》第33条规定:“预售商品房的购买人应当自商品房交付使用之日起90日内,办理土地使用权变更和房屋所有权登记手续;现售商品房的购买人应当自销售合同签订之日起90日内,办理土地使用权变更和房屋所有权登记手续。房地产开发企业应当协助商品房购买人办理土地使用权变更和房屋所有权登记手续,并提供必要的证明文

件。”因此，本案的预售商品房在交付使用之日起90日内，被告应当为原告办理产权登记。

房屋于2005年6月交付，2005年9月被告应当协助原告办理完毕。期限届满之日未办理的，即构成迟延履行合同主要债务。经对方当事人催告后，在合理期限内仍不履行的，对方当事人享有合同解除权。参照最高人民法院《关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第15条第1款的规定，“出卖人迟延交付房屋或者买受人迟延支付购房款，经催告后在三个月的合理期限内仍未履行”，对方当事人可以解除合同的规定，这一合理期限确定为3个月。在本案中，可以推定2005年9月办理产权登记期限届满之日，即为原告催告被告履行债务之日，3个月后，即2005年12月，为合同解除权的发生之日。原告应当在1年之内行使该权利，即在2006年12月之前未行使的，权利消灭。原告于2007年10月行使合同解除权，显然已经超过了该权利的除斥期间，无法获得法律支持。

以上分析仅仅是在逻辑上成立的，最高人民法院《关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第19条规定：“商品房买卖合同约定或者《城市房地产开发经营管理条例》第三十三条规定的办理房屋所有权登记的期限届满后超过一年，由于出卖人的原因，导致买受人无法办理房屋所有权登记，买受人请求解除合同和赔偿损失的，应予支持。”根据《城市房地产开发经营管理条例》第33条的规定，本案的房屋自交付之日起3个月，即2005年9月，办理产权登记的期限届满。被告在2007年10月，即期限届满之日起两年零1个月仍未协助原告办理产权登记，原告可以解除合同并要求赔偿损失。由于上述司法解释第19条已经有了明确规定，所以不需要参照第15条的规定确定解除权行使的除斥期间。

在商品房买卖合同纠纷案件中，开发商常常以种种借口和理由拒不为买受人办理产权证，严重损害了买受人的合法权益。在过去的法

律和司法解释中，对如何处理类似案件没有明确规定，造成认识各异，司法不统一，最高人民法院作出的司法解释既然对此问题作出了明确规定，如果仍然以1年的除斥期间为由而判决驳回原告的诉讼请求，那么，上述司法解释第19条之规定就失去了应有的意义。

对于被告主张的原告提起诉讼已经超过《民法通则》规定的诉讼时效，又该如何理解呢？《民法通则》第135条规定："向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为二年，法律另有规定的除外。"第137条规定："诉讼时效期间从知道或者应当知道权利被侵害时起计算。但是，从权利被侵害之日起超过二十年的，人民法院不予保护。有特殊情况的，人民法院可以延长诉讼时效期间。"由于本案不存在法律规定的特殊情况，也没有诉讼时效中止、中断的情形，应当适用两年的诉讼时效。办理产权登记期限届满之日，2005年6月房屋交付之日起3个月，即2005年9月同日为原告权利被侵害之日，原告对此自始就应当是知道或应当知道的。因此，自该日起两年，即2007年9月同日为诉讼时效届满之日。原告于2007年10月起诉，就已经超出了诉讼时效。

但《民法通则》关于诉讼时效的规定针对的是民事纠纷的一般情况，最高人民法院《关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》针对的是商品房买卖纠纷中的特殊情况，应当优先适用司法解释的特别规定，即按照最高人民法院《关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第19条的规定处理。《合同法》第97条规定："合同解除后，尚未履行的，终止履行；已经履行的，根据履行情况和合同性质，当事人可以要求恢复原状、采取其他补救措施，并有权要求赔偿损失。"因此，原告有权退房并要求返还购房款，从而使当事人双方的权利恢复到买卖关系未发生之时，还可以要求被告赔偿自己的损失。

17. 购房者认购的房屋被转卖给第三人的，开放商如何承担责任？

【案情】

费琴看中了某房地产开发公司开发的一套三居室房屋，双方签订了商品房认购书，约定：费琴于2007年10月1日前到某房地产开发公司签订正式合同。在此之前，某房地产开发公司不得将该房屋转卖给第三人。费琴交纳了定金10000元。2007年9月，费琴前往该公司签订购房合同时发现，认购的房屋已经被转卖给第三人，遂与某房地产开发公司发生争议。某房地产开发公司提出，费琴可以购买其他房屋或者收回定金，遭到费琴拒绝，并向人民法院提起诉讼。

【争鸣】

■ 原告费琴诉称，被告违反商品房认购书确定的义务，将原告认购的房屋转卖给第三人，应当承担违约责任。请求人民法院判决被告双倍返还定金并赔偿自己的损失。

■ 被告某房地产开发公司辩称，原告缴纳的定金具有预付款的性质，现房屋买卖合同未成立，定金应当返还，但不同意原告双倍返还定金并赔偿损失的诉讼请求。



【律师点评】

我们先来看商品房认购书的性质。所谓商品房认购书（或者称

之为订购书、预定书）是指房屋买卖双方在订立正式的房屋买卖合同前所签订的约定将来订立正式的房屋买卖合同的合同，是对双方交易房屋有关事宜的初步确认。其内容一般包括：(1) 买卖双方当事人的基本情况；(2) 房屋的基本情况（如房屋位置、面积等)；(3) 房屋价款计算；(4) 定金；(5) 签署正式买卖合同的期限。认购书应属于商品房买卖合同的预约合同，与商品房买卖合同之间是预约与本约的关系。首先，认购书是平等主体之间为设立买卖商品房民事权利义务关系而签订的协议，根据我国《合同法》第2条的规定，"本法所称合同是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议"，认购书应为独立的合同。其次，认购书是买卖双方就签订商品房买卖合同相关事宜进行的约定，不是对商品房买卖结果进行直接确认，虽然在一定条件下认购书可等同于商品房买卖合同，但一般不属于商品房买卖合同。

签订认购书后，当事人双方要承担诚信谈判的义务：一是当事人要对违反诚信谈判义务，导致不能达成本约的行为承担责任；二是当事人如果尽到诚信的谈判义务，即使不能达成本约，也不承担任何责任。因此可以说，认购书的效力主要体现在以下三个方面：一是鉴于买卖双方对交易标的物所拥有的信息不对称，开发商应当充分披露可能影响买方订立本约的信息。二是不应强加具有不合理条件的实际谈判义务，特别是开发商不得利用自身的优势，免除自己的责任或加重买方的责任。三是持续谈判的义务，除非出现重大僵局或终止谈判的事由，双方当事人应恪守诚信义务，继续进行谈判。

在本案中，被告违反商品房认购书的约定，在规定的期限内将房屋转卖给第三人，应当承担何种责任呢？这是当事人双方争议的焦点。原告的要求是双倍返还定金并赔偿损失；被告仅同意返还定金。所以，我们还需要进一步分析商品房认购书中的定金问题。定金，是认购书中的核心条款之一。商品房认购书中的定金同时有两重属性，

第一重属性是立约定金。立约定金是专为保证当事人能够就某事项订立合同而设立的，不具有担保主合同之债的功能；第二重属性是履约（违约）定金，即履行认购书这一预约合同本身的定金。定金是为了担保债务的履行而成立，但是这种债务并不是购房合同的债务，而是双方去洽谈购房合同并诚信谈判这样一种债务。因此，定金并非购房合同之担保，而是商品房认购书约定的洽谈义务的担保。认购书定金保证双方当事人能够尽最大的诚信谈判，努力达成商品房买卖合同。

如果仅认为认购书定金为立约定金，那么不论何种原因，只要拒绝订立商品房买卖合同，就适用定金罚则，显然有悖公平正义。如果开发商在订立本合同时，附加种种不合理的条款，买方要么拒绝签订本合同，丧失定金，要么同开发商违心签订合同。因此，我们还应从履约定金分析认购书的定金。在认购书一方当事人拒绝签订商品房预售合同即本约的情况下，我们认为要辨别拒绝签订本约是否违反认购书中的诚信谈判义务，例如，开发商在谈判中随意提高商品房价格，买方为此拒绝签订本约，那么开发商不仅无权没收买方的本金，而且在买方主张要求适用定金罚则时，由于开发商抛出不合理条件的行为显然构成不履行认购书中诚信谈判的义务，应双倍返还定金。

最高人民法院《关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第4条规定：“出卖人通过认购、订购、预订等方式向买受人收受定金作为订立商品房买卖合同担保的，如果因当事人一方原因未能订立商品房买卖合同，应当按照法律关于定金的规定处理；因不可归责于当事人双方的事由，导致商品房买卖合同未能订立的，出卖人应当将定金返还买受人。”《担保法》规定：“当事人可以约定一方向对方给付定金作为债权的担保。债务人履行债务后，定金应当抵作价款或者收回。给付定金的一方不履行约定的债务的，无权要求返还定金；收受定金的一方不履行约定的债务的，应当双倍返还定金”（第89条）；最高人民法院《关于适用〈担保法〉若干问题的

解释》规定："当事人约定以交付定金作为订立主合同担保的，给付定金的一方拒绝订立主合同的，无权要求返还定金；收受定金的一方拒绝订立合同的，应当双倍返还定金。"（第115条）由此可见，商品房认购书中的定金不论是作为立约定金还是作为履约（违约）定金，如果购房者违反诚信谈判义务，都将失去定金；开发商违反这一义务，将双倍返还定金。本案原告要求被告双倍返还定金，符合法律规定，理由成立。

同时，根据《合同法》第42条的规定，"当事人在订立合同过程中有下列情形之一，给对方造成损失，应当承担赔偿责任：（一）假借订立合同，恶意进行磋商；（二）故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或提供虚假情况；（三）有其他违背诚实信用原则的行为。"认购书是预约合同，而且是行将谈判的预约合同，违反认购书义务主要是违反诚信谈判义务，对双方当事人来说，造成的损失只能是机会的损失，应当承担《合同法》第42条项下所规定的缔约过失责任。缔约过失责任赔偿的是守约方信赖利益的损失。信赖利益通常是法律行为无效或可得撤销，相对人信赖其为有效，却因无效或撤销的结果所蒙受的不利益，又称为消极利益或消极合同利益，信赖利益赔偿的结果为如同合同未曾发生一样。据此，守约方可以要求违约方赔偿其在订立认购书及其在签订本合同过程中的损失，使其得以弥补恢复到认购书未曾发生以前的状态。因此，本案原告要求赔偿损失的诉讼请求应当酌情予以支持。

18. 签订认购书后无法就购房合同条款协商一致，定金应否返还？

【案情】

宋斌与某房地产公司签订了《商品房定购书》一份，约定向某房地产公司定购开发的房屋一套，总房价款为人民币30万元。该定购书还约定：买方签订本商品房定购书时，交付定金人民币1万元，买方到期未履行承诺的义务，卖方除有权将此房屋转卖他人外，买方已交定金不予退还；如买方履行了义务，卖方如转卖他人，须双倍返还买方所支付的定金。上述定购书签订后，宋斌依约支付了定金人民币1万元。此后，双方在订立《预售合同》时对交房时间不能协商一致，致使未能订立《预售合同》。宋斌要求某房地产公司退还定金未果，遂诉至法院。

【争鸣】

■原告宋斌诉称，购房合同无法订立是因为双方就有关条款不能协商一致，并非自己不履行定购书承诺的义务。因此，不能适用定金罚则，定金应当予以返还。

■被告某房地产公司辩称，原告交付的1万元定金属于订约定金。原告借故拒绝订立主合同，违反了订约义务，定金不应当返还。



【律师点评】

实践中，定金分为五种类型：(1) 立约定金（订约定金），是指为保证正式订立合同而交付的定金。(2) 证约定金，是指为证明合同的成立而交付的定金，是合同已经订立的证据。(3) 成约定金，是指以定金的支付作为合同成立或生效的条件。如果不支付定金，则合同不成立或不生效。(4) 解约定金，是指作为保留解除权的代价的定金。即交付定金的一方可以以丧失定金为代价而解除合同，收受定金的一方可以以双倍返还定金为代价而解除合同。(5) 违约定金，是指作为履行合同担保的定金。如果支付定金的一方不履行合同，则丧失定金；如果收受定金的一方不履行合同，则双倍返还定金。

在最高人民法院《关于适用〈担保法〉若干问题的解释》（以下简称《解释》）颁布之前，担保法和合同法仅规定了违约定金一种形式。《解释》根据司法实践的需要，对定金的形式作了扩展性规定，在已有的违约定金的基础上，又具体规定了立约定金（第115条）、成约定金（第116条）、解约定金（第117条）等形式。其第115条规定："当事人约定以交付定金作为订立主合同担保的，给付定金的一方拒绝订立主合同的，无权要求返还定金；收受定金的一方拒绝订立合同的，应当双倍返还定金"；第116条规定："当事人约定以交付定金作为主合同成立或者生效要件的，给付定金的一方未支付定金，但主合同已经履行或者已经履行主要部分的，不影响主合同的成立或者生效"；第117条规定："定金交付后，交付定金的一方可以按照合同的约定以丧失定金为代价而解除主合同，收受定金的一方可以双倍返还定金为代价而解除主合同。对解除主合同后责任的处理，适用《中华人民共和国合同法》的规定。"

之所以未规定证约定金形式，是因为纯粹的证约定金在实践中很

少见，其他形式的定金基本上能够起到证约的作用。房屋认购书中的定金，是为了保证购房人与售房人之间订立房屋买卖合同而交付的定金，因而属于立约定金。严格地讲，认购书属于预约性质，是为将来订立买卖合同而订立的契约。那么，认购书中的定金既可以看成是保证订立主合同的立约定金，也可以看成是认购书的违约定金。即当事人拒绝订立主合同，便是对预约义务的违反，便要受到定金条款的约束。

根据《解释》关于立约定金的规定，参照违约定金罚则的适用条件，立约定金罚则的适用条件可以归纳为：(1) 当事人间有立约定金合同且定金已实际支付。定金合同是实践性合同，即只有在定金已实际支付时，定金合同才生效。否则，定金合同不生效，当然也不可能适用定金罚则。(2) 一方当事人拒绝订立主合同。在签订了认购书（即预约）后，一方当事人明确表示拒绝订立主合同，或者通过其行为表明拒绝订立主合同的，均属于拒绝订立主合同的情形。从另一种角度讲，一方当事人拒绝订立主合同，实际上是违反预约的约定，也属于违约行为，故应当适用定金罚则。对于立约定金，不适用定金罚则的情况有：(1) 当事人订立了主合同；(2) 因不可抗力因素致使主合同不能订立，即因不可抗力因素致使主合同客观上不能订立，或者订立后客观上不能履行。

那么，当事人之间不能就主合同的条款协商一致，是否可以一概认为是一方当事人拒绝订立主合同，而适用定金罚则？对此需要作具体分析。若该主合同的条款在预约（认购书）中已经有了约定，则双方当事人应当接受，否则即属于拒绝订立主合同，是对预约的违反，因而可以适用定金罚则。若当事人协商的主合同条款在预约中无约定，则当事人协商不成的，不能认为是任何一方当事人违反预约的约定，拒绝订立主合同，因而不能适用定金罚则。如果也将此情形认为是一方当事人拒绝订立主合同，适用定金罚则，那么结果必然是要

求购房人在订立了认购书之后，必须无条件地接受房产商提出的每一项主合同条款。这不符合合同法的诚实信用原则和公平原则。

最高人民法院《关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第4条规定："出卖人通过认购、订购、预订等方式向买受人收受定金作为订立商品房买卖合同担保的，如果因当事人一方原因未能订立商品房买卖合同，应当按照法律关于定金的规定处理；因不可归责于当事人双方的事由，导致商品房买卖合同未能订立的，出卖人应当将定金返还买受人。"根据以上分析，在本案中，当事人不能协商一致的主合同条款并未在房屋认购书中约定，因而当事人不能协商一致不能归责于任何一方当事人，故不适用定金罚则，接受定金的一方当事人应当原额返还定金。

19. 商品房认购书在何种情况下可以认定为买卖合同?

【案情】

姚玲与某房地产开发公司签订商品房认购书一份，双方约定：姚玲认购某房地产开发公司开发的某大厦1006室，建筑面积130平米的房屋一套，价格暂定为8000元每平米；交付定金10000元；某房地产开发公司为姚玲保留上述房屋，如果将房屋转卖他人，双倍返还定金；在接到某房地产开发公司的通知后，姚玲应当于一周内前往该公司签定正式合同，逾期不签订正式合同的，房屋不再保留，定金不予返还。认购书签订后，姚玲向该公司支付了10000元定金。2007年7月，姚玲接到通知后到该公司洽谈签订合同事宜，并向该公司交付购房款30万元，该公司工作人员出具的收据载明：今收到1006室购房款30万元，面积130平米，每平米8000元，交款人为姚玲。但由于就具体合同条款仍未达成一致，未能签订正式合同。后因房价上涨，某房地产开发公司拒绝签订买卖合同和交付房屋。2007年9月，姚玲向人民法院提起诉讼。

【争鸣】

■原告姚玲提出，原告与被告签订的商品房认购书系双方当事人真实意思表示，该认购书中已经就房号、面积、价格以及定金的支付和违约作出了约定。认购书中的价格虽标明为暂定，但经该公司收取购房款和出具收条，已经可以证明价格确定为8000元每平米。该商品房认购书具备了商品房买卖合同的主要内容，被告收取了部分购

房款，因此，认购书已转化为商品房买卖合同，对双方当事人产生约束力。被告应当按照合同履行义务，交付房屋。

■ 被告某房地产开发公司提出，原、被告双方所签订的认购书中，约定的是商品房暂定价，这是不确定的。认购书由于欠缺商品房买卖合同的主要条款，不能转化为正式合同。被告工作人员未经公司同意，收取购房款和出具收条的行为系个人行为，与被告无关，并且被告不予追认。原告要求按照认购书载明的价格交付房屋，理由不成立。



【律师点评】

如前所述，商品房认购书是商品房买卖合同的预约合同，两者不能等同。预约和本约最根本的区别在于：预约合同仅能请求对方诚信谈判，履行订立本约的义务，不得直接就本约内容请求履行。实践中，常有原告根据认购书，诉请法院判令被告履行交房，最后被判决驳回诉讼请求，原因就在于交付商品房是本约即商品房买卖合同的内容而非认购书的内容。商品房认购书签订后，只要准买受人按时支付了定金，开发商就有义务保留目标房，并按照商品房认购书约定的义务与准买受人洽谈。但是必须看到，购房合同的内容是很复杂的，商品房认购书通常并不具备购房合同的主要内容。虽然双方在商品房认购书中约定的是将来订约而不是将来洽谈，但是，双方仍然保留着就商品房认购书未约定的内容进一步商谈的权利。因此，无论是开发商还是准买受人，均不能根据商品房认购书强制要求对方与自己签订购房合同和履行买卖义务。

但这只是一般情况下的认定，在具备了法律规定的条件之后，商品房认购书也可以认定为商品房买卖合同，对当事人双方产生约束力，

一方违约的，对方当事人得以请求人民法院判决其履行义务或者追究违约责任。最高人民法院《关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第5条规定：“商品房的认购、订购、预订等协议具备《商品房销售管理办法》第十六条规定的商品房买卖合同的主要内容，并且出卖人已经按照约定收受购房款的，该协议应当认定为商品房买卖合同。”根据《商品房销售管理办法》第16条的规定，商品房买卖合同应当明确以下主要内容：（一）当事人名称或者姓名和住所；（二）商品房基本状况；（三）商品房的销售方式；（四）商品房价款的确定方式及总价款、付款方式、付款时间；（五）交付使用条件及日期；（六）装饰、设备标准承诺；（七）供水、供电、供热、燃气、通讯、道路、绿化等配套基础设施和公共设施的交付承诺和有关权益、责任；（八）公共配套建筑的产权归属；（九）面积差异的处理方式；（十）办理产权登记有关事宜；（十一）解决争议的方法；（十二）违约责任；（十三）双方约定的其他事项。

在实践当中，完全具备上述13项内容的商品房认购书几乎没有，是不是欠缺其中的一项就不能构成商品房买卖合同呢？还是具备了其中的几项基本条款就可以认定为商品房买卖合同？这需要对上述13项内容逐一进行分析：

当事人的基本状况显然是必要的，例如当事人的姓名或名称等，至于住所，在当事人确定之后，不能通过特定的当事人确定其住所，所以并非必要。

房屋的基本状况是必要的，但约定了房号就可以了。至于房屋的坐落、面积等事项，可以通过开发商的审批手续、图纸等确定。

商品房的销售方式并非必要，在没有特殊约定的情况下，销售方式可以推定。

价款是购房合同的必要条款，由于目前商品房市场并未形成充分的竞争，难以确定市场价格，因此，价格约定是必要条件。当然，只

要通过约定可以确定价格就可以了，至于付款方式和付款时间，完全可以通过交易习惯来确定。

对于交付使用条件，相关法律和法规有比较明确的规定，包括强行性规定和任意性规定，可以起到漏洞补充的作用，因此并非必要。

关于交付日期的问题，如果是现房出售，没有约定交付日期的，可以通过合同法的催告制度解决。如果是预售，可以合理确定交付期限。

关于装饰、设备标准承诺，如果开发商的宣传材料中含有装饰、设备的内容，一般可以视为购房合同的内容。即使没有这方面的规定，也可以通过开发商的设计确定。如果开发商的设计中也没有此方面的内容，可以认定开发商至少应当符合国家和行业的最低标准。因此，装饰、设备标准不是购房合同的必要条款。

关于供水、供电、供热、燃气、通讯、道路、绿化等配套基础设施和公共设施的交付承诺和有关权益、责任，关于配套设施，各地政府往往对开发商都有比较明确的要求，因此并非必要条件。

关于公共配套建筑的产权归属，既可以通过其他买房人与开发商的约定来判断，也可以通过公共配套建筑是否列入了开发商的建筑成本和公摊面积来确定，不是购房合同的必要条款。

关于面积差异的处理方式和办理产权登记有关事宜，法律做出了如何处理的明确规定，并非必要条款。

关于解决争议的方法，司法裁判是法定的解决方式，双方没有约定不影响纠纷的解决，更不影响合同的成立，并非必要条款。

关于违约责任，根据商品房买卖合同的示范文本，逾期交房和逾期付款都有大致确定的违约金计算方法，可以折中裁定；有关司法解释中关于开发商的重大违约事项处理，也有很多明确的规定，赋予了买房者保护自己权利的充足方法，因此，违约责任不是必要条款。

综上所述，只要商品房认购书确定了当事人的名称、姓名、房号

和价格确定方法，并可以据此确定面积等事项，或者能够确定房屋总价款，那么就已经具备了购房合同的必要条件。但还不是充分条件，认购书转化为商品房买卖合同，还需要出卖人已经按照约定收取了购房款。这里的购房款既包括全部购房款，也包括部分购房款。

在本案中，双方所订立的认购书中已经就房号、面积、价格，以及定金的支付和违约作出了约定。虽然认购书中约定的价格为暂定价，但经被告工作人员出具给原告的收条可以确认预订房屋的价格为每平方米8000元。原告与被告已经就房屋价格协商一致。被告主张其工作人员出具收据的行为系其个人行为，未经公司同意，对公司没有约束力等，以此否认与原告间已经就房屋价格达成一致意见，显与事实和法律相悖。被告的工作人员向原告收取房款并出具收条的行为，可以认定是经被告同意的。

至此，原、被告双方就商品房的价格达成一致，即双方确定单价为每平方米8000元。双方订立的意向书已具备《商品房销售管理办法》第16条规定的商品房买卖合同的必要内容，且被告已收取原告部分购房款，故可认定双方所签认购书为商品房买卖合同。该合同是当事人双方真实的意思表示，依法成立并生效，对当事人双方产生约束力。在原告交纳了余款后，被告应当按照合同约定交付房屋。如果被告拒绝交付房屋，人民法院可以强制其履行义务。

20. 商品房预售许可证取得之前签订的认购书是否有效?

【案情】

张建看中了某房地产开发公司开发的一套房屋，但该公司尚未取得预售许可证，不能签订正式的买卖合同，于是双方签订了商品房认购书，约定：商品房每平米单价5000元，总价款60万元。张建交纳10000元定金，在房地产公司取得预售许可证后签订正式合同，届时不履行签约义务的，定金不予返还。如果签约前房屋被公司转卖他人的，双倍返还定金。认购书签订后，张建自感房价过高，自己无法承受，遂提出返还定金，遭到拒绝，遂诉至人民法院。

【争鸣】

■原告张建诉称，根据我国法律规定，商品房不符合销售条件的，不得销售和向买受人收取任何预订款性质费用。被告在取得商品房预售许可证之前与原告签订认购书并收取定金，违反法律规定，认购书无效，定金应当返还。

■被告某房地产开发公司辩称，商品房认购书并非商品房买卖合同，而是对买卖合同的预约，原、被告在取得预售许可证之前签订商品房认购书，并不违反法律规定，况且原告在签订商品房认购书时对被告尚未取得预售许可证的事实是明知的，现主张商品房认购书无效，违背民事法律行为诚实信用的原则。商品房认购书约定的定金是担保主合同订立的立约定金和认购书的履约定金，督促双方履行诚信

谈判和订立正式合同的义务。并非担保商品房买卖合同履行的定金和预订款。因此，原告主张认购书无效和返还定金的诉讼请求，理由不成立。



【律师点评】

《城市房地产管理法》第45条规定：“商品房预售应当符合下列条件：（一）已交付全部土地使用权出让金，取得土地使用权证书；（二）持有建设工程规划许可证；（三）按提供预售的商品房计算，投入开发建设的资金达到工程建设总投资的25%以上，并已经确定施工进度和竣工交付日期；（四）向县级以上人民政府房产管理部门办理预售登记，取得商品房预售许可证明。”《商品房销售管理办法》第22条规定：“不符合商品房销售条件的，房地产开发企业不得销售商品房，不得向买受人收取任何预订款性质费用。”由此可见，开发商在取得商品房预售许可证之前与购房者签定商品房买卖合同、收取预订款的行为违反法律，买卖合同归于无效，预订款应当返还。

但在本案中，当事人双方签订的认购书是否因为开发商未取得商品房预售许可证、不符合销售条件而归于无效，还需要进一步的分析。如前所述，商品房认购书并非购房合同，不是直接买卖商品房的协议，而是买卖合同的预约合同。认购书产生的是当事人双方就订立商品房买卖合同进行诚信谈判的义务，至于买卖合同能否成立，还取决于当事人双方能否就合同条款协商一致。因此，认购书并不直接导致商品房买卖关系成立，签订认购书也不能简单地认定为商品房的销售行为，不能把买卖合同的生效条件误认为是商品房认购书的生效要件，不应要求签订商品房认购书时就符合商品房销售条件。无论是否

取得预售许可证，均不应影响商品房认购书的效力。当然，商品房认购书具备了必要条件并且出卖人收受了购房款，就可以认定为商品房买卖合同，如果开发商尚未取得预售许可，其销售行为就违反了上述法律规定。但只是签订商品房认购书，并不实际支付购房款，不会因没有取得预售许可证导致预约无效。

在取得预售许可之前进行认购被称之为内部认购。从当事人双方的初衷来说，购房人的主要目的是为了自己看中的楼盘房屋不再被他人预购，开发商的主要目的可以看作是节约推销成本，加快将来的预售进程。但在实践中，内部认购的目的通常是为了筹集资金。开发商在取得土地使用证和建设用地许可证后，就向资金拥有人发出较低价格的认购，认购人实际支付部分或全部房款，在开发商以较高价格正式开盘后，认购人取得认购价和开盘价之间的差价。这是一种规避法定商品房销售条件的行为，是无效的。但应当澄清的是，这种认购实际上并不是预约性质，而是非法买卖的性质，应当称为内部销售为妥。这种合同的无效并不是认购预约的无效，而是非法买卖的无效。

因此，最高人民法院《关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第2条规定："出卖人未取得商品房预售许可证明，与买受人订立的商品房预售合同，应当认定无效，但是在起诉前取得商品房预售许可证明的，可以认定有效。"该条针对的是商品房预售合同，不适用于认购书。原告主张被告未取得商品房预售许可，签订的认购书无效，理由不成立。至于商品房认购书中约定的定金，也并非法律所禁止的预订款或者预先收取的购房款。如前所述，商品房认购书中的定金同时有两重属性，第一重属性是立约定金。立约定金是专为保证当事人能够就某事项订立合同而设立的，不具有担保主合同之债的功能。第二重属性是履约（违约）定金，即履行认购书这一预约合同本身的定金。定金是为了担保债

务的履行而成立，但是这种债务并不是购房合同的债务，而是双方去洽谈购房合同并诚信谈判这样一种债务。因此，定金并非购房合同之担保，而是商品房认购书约定的洽谈义务的担保，不能认定为商品房买卖合同的定金或者预订款。原告没有尽到认购书的诚信谈判义务，不能要求返还定金。

21. 委托人对委托中介公司居间的房屋没有处置权的，居间合同是否有效？

【案情】

丁薇与某房产中介公司签订了居间合同。双方约定：丁薇将其所有的一套两居室房屋委托中介公司联系买家，按成交价的1%支付报酬。此后，中介公司为其联系了买家，丁薇与买家私下达成交易，将房屋出售，未向中介公司支付居间服务报酬。中介公司多次向丁薇索取报酬，遭其推诿和拒绝。2007年6月，中介公司向人民法院提起诉讼，要求丁薇按照合同约定支付报酬。

【争鸣】

■ 原告中介公司诉称，被告违反居间合同约定，私下与原告联系的买家进行交易，拒绝支付居间服务报酬。请求人民法院依法判决被告按照合同约定履行义务。

■ 被告丁薇辩称，房屋是被告与姐姐的共同财产，被告以个人名义与中介签订的居间合同是无效合同。原告根据无效合同要求支付报酬，理由不成立。



【律师点评】

按照《合同法》的规定，“居间合同是居间人向委托人报告订立合同的机会或者提供订立合同的媒介服务，委托人支付报酬的合同”

（第424条）。居间人促成合同成立的，委托人应当按照约定支付报酬。如果居间人故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况，损害委托人利益的，不得要求支付报酬并应当承担损害赔偿责任。居间人未促成合同成立的，不得要求支付报酬，但可以要求委托人支付从事居间活动支出的必要费用。

在现实中，委托人根据居间人提供的信息和服务，与买家私下交易，不支付居间报酬的情况经常发生，本案就是比较典型的一例。本案的特殊之处在于，被告提出房屋属于被告与他人共有，被告没有擅自处分的权利，因此被告以个人名义与原告订立居间合同属于无效合同。这种说法是不能成立的。居间合同与房屋买卖合同有本质的区别。属共同财产的房屋，若未经所有共有权人同意，部分权利人出售房屋的行为是无效的。但对于居间合同来说，不能如此简单认定。

居间合同的本质是基于居间服务的委托合同，委托人只要是完全民事行为能力人且以自己名义订立居间合同，一经订立即可生效。委托人对委托居间的房屋没有合法的处置权，不影响居间合同的效力。当然，居间人要履行必要的审查义务。只要居间人促成合同成立，就可以要求委托人按照合同约定支付报酬。至于合同此后因为出卖人无财产的处分权而被确认无效或被撤销，不影响居间人支付报酬的请求权。居间人没有促成合同成立的，也可以要求委托人支付从事居间活动支出的必要费用。因此，丁某主张居间合同无效从而拒绝支付报酬，理由不成立。

除此之外，在生活中对于居间服务还有一些误解，导致纠纷发生。例如，房屋买卖的双方均与居间人签订了委托合同。居间成功后，买卖双方中的一方支付了居间报酬，另一方以中介方已经向上家收取了中介费，不应再向其重复收取中介费为由，拒绝支付报酬。这种认识是错误的。在居间过程中，中介、下家及上家三者之间有三个相对独立的法律关系：下家与中介之间的居间委托法律关系，上家与

中介之间的居间委托法律关系以及上下家之间的房屋买卖法律关系。居间成功后，上下家各自按约支付居间合同约定的中介费，是两个相对独立的合同义务，因此不存在重复收费之说。

另外，购房人与中介签订居间合同，约定具体的买卖条件，且付了一定数额的意向金或预付了部分房款，最后却未能买到房子，从而认为中介违约，应当双倍返还定金或承担赔偿责任。即下家误认为中介必须居间成功，否则即是违约。近两年，由于房价上涨，这样的纠纷非常多。买房不成而房价上涨，购房者心理难以平衡。但这样的主张法院是不能支持的。居间服务是信息服务和媒介服务，居间服务最显著的特征是“居间性”，即居间人不是上下家任何一方的代理人，其服务行为是事务性行为，不是法律行为，不能决定买卖最后能否成功，当然也不能承担上下家任何一方的权利或义务。当然，若居间不成，根据我国《合同法》的规定，中介不得向委托人收取报酬，但可以要求委托人支付从事居间活动支出的必要费用。对于已付的房款或定金，应当返还。

22. 签订买卖合同但未办理过户手续，原户主的债权人能否申请拍卖房屋还债？

【案情】

于浩与潘峰签订房屋买卖合同，购买其所有的一套房屋。合同签订后，于浩向其支付了购房款10万元，潘峰也将房屋交付给于浩。此后不久，于浩即与潘峰失去联系，导致房屋一直无法办理过户手续。2007年5月，刘海向人民法院提起诉讼，称潘峰向其借款6万元一直未归还，由于债务人音信全无，请求人民法院判决以潘峰所有的房屋一套拍卖还债。于浩获悉后提出异议。

【争鸣】

■ 原告刘海诉称，该房屋的户主仍然为潘峰，属于潘峰所有的财产。虽然第三人与被告签订了房屋买卖合同，但未办理过户手续，产权转让无效。因此，请求人民法院判决以该房屋拍卖后所得价款偿还债务。

■ 第三人于浩辩称，第三人与被告签订房屋买卖合同后，虽然未能办理过户手续，但已经合法占有该房屋。且未办理过户手续是被告造成的，第三人没有过错。第三人作为买卖合同的债权人，原告作为借款合同的债权人，两个债权是平等的，都应当同等的受到法律保护，不能因实现一个债权而损害另一个债权。所以，该房屋不能作为被告的财产拍卖。



【律师点评】

根据《物权法》的规定，“不动产物权的设立、变更、转让和消灭，应当依照法律规定登记”（第6条）；“不动产物权的设立、变更、转让和消灭，经依法登记，发生效力；未经登记，不发生效力，但法律另有规定的除外”（第9条）。转让登记是房屋产权转让的生效条件。

但房屋买卖合同的生效与房屋产权转让的生效是不能等同的。房屋买卖合同的生效并不当然导致物权的变动；物权要变动，应当进行登记，未办理登记的，只导致物权不发生变动的后果，但并不影响合同的效力。例如，李四将房屋卖给张三，李四必须和张三签订一份房屋买卖合同，签订合同的行为是一个债权行为，是引起李四的房屋归属于张三所有（物权变动）的前提，物权法理论上叫做物权变动的“原因行为”。但是，由于不动产物权的变动必须以登记为生效要件，因此，只有在进行变更登记后，李四的房屋才会变更为张三所有。换句话说，只有变更登记，物权才会变动，而李四与张三签订的买卖合同并不直接导致物权的变动。“登记”这一行为导致了不动产物权的变动，物权法理论上称之为“物权行为”。“原因行为”和“物权行为”的法律性质和法律后果都不司，必须明确予以区分。

上述两个法律行为的效力规则是不同的：作为原因行为的买卖合同，它是否生效，应当依据合同成立的自身要件进行判断。也就是说，买卖合同符合《合同法》规定的生效要件的，合同就生效。否则，就不生效，而它与是否进行物权登记无关。相反，作为物权变动的结果行为，它是否生效，应当依据物权变动的规则来判断。由于不动产物权的变动以登记为生效要件，因此，要发生不动产物权变动的结果，就必须进行登记。所以，《物权法》第15条规定：“当事人之

间订立有关设立、变更、转让和消灭不动产物权的合同，除法律另有规定或者合同另有约定外，自合同成立时生效；未办理物权登记的，不影响合同效力。”最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（一）》第9条规定：“法律、行政法规规定合同应当办理登记手续，但未规定登记后生效的，当事人未办理登记手续不影响合同的效力，合同标的物所有权及其他物权不能转移。”

通过以上分析可以看出，第三人与被告签订的房屋买卖合同合法有效，未办理过户只是不发生房屋产权转让的效力，产权人仍为被告，但不影响房屋买卖合同的效力。第三人基于其与被告之间的买卖合同而对该房屋已经合法占有，享有占有权。被告享有的所有权已经是一种法律上受到限制的所有权，这种限制实际上是因为买受人所享有的合法占有权对所有权的限制。第三人作为买卖房屋合同的债权人，原告作为借款合同的债权人，其二人地位是平等的，都应当受到法律同等的保护，并不能因为谁先起诉或谁先申请强制执行而获得一种优先于其他债权人的权利。如果不顾被告与第三人之间的购房合同，判决以第三人正在占有使用中的房屋拍卖还债，必须会侵害第三人的利益，不仅对第三人而言有失公平，也是对稳定的社会秩序的破坏，这种靠损害一个合法利益而保护另一个合法利益的做法，违背了法律公平正义的精神。

23. 在委托购房过程中发生纠纷，举证责任如何承担?

【案情】

孙前所在的单位要修建职工集资房。孙前受李臣的委托，在单位以李臣的名义购买了房屋一套，房款为3万余元。该房款由孙前交付给了单位。此后，孙前又代李臣对房屋进行了装修。2007年10月，李臣因公死亡。待李臣丧事处理完毕，孙前以自己在代李臣购房过程中，房款系自己垫支为由，要求李臣的妻子魏双给付其垫支的房款，而魏双以房款已由李臣偿还给孙前为由拒绝。孙前遂向法院提起诉讼，要求法院判决魏双支付其垫支的所有购房款。孙前向法庭提供了所在单位出具的购房款收据。魏双未举证。

【争鸣】

■ 原告孙前提出，自己在李臣生前受其委托代为购买单位集资房，并代为装修。原告已经将购房款交付给所在单位，有收据为证。被告应当按照约定偿还垫付的购房款。现被告无端拒绝履行支付义务，请求人民法院依法判决其履行义务。

■ 被告魏双提出，原告垫付的购房款已由被告丈夫生前偿还，现原告在死无对证的情况下借机讹诈被告，行为性质恶劣，请求人民法院判决驳回其诉讼请求。



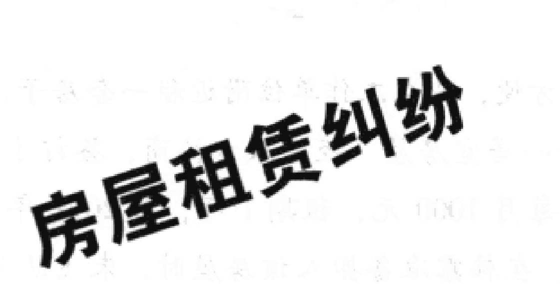
【律师点评】

本案中涉及到的主要是合同履行纠纷中举证责任的承担问题。首

先，要搞清本案中的法律关系。本案中，原告孙前在代被告一方购房的过程中涉及两个合同关系：一是从对外关系上看，原告代理李臣买房，与所在单位之间系房屋买卖合同关系；二是从对内关系上看，原告与李臣之间是民事代理合同关系。就房屋买卖合同而言，当事人能够举证，证明单位收到了房款，对外的买卖合同不存在任何争议，故本案不是买卖纠纷；之所以会发生本案纠纷，是因为民事代理合同的履行上出现了问题。

其次，要理清代理合同双方的权利与义务。在本案的对内代理合同中双方的权利和义务是：对原告而言，其权利是收取李臣交来的房款，如果在代理过程中代李臣垫支过款项，有权向李臣索取。主要义务是代理李臣与所在单位签订房屋买卖合同，代李臣向单位缴纳房款及办理与购房相关的其他事宜；对李臣而言，其主要义务是将购房款交与原告，然后由原告代其将此款交与所在单位，如原告在代理过程中垫支过款项，李臣应向原告积极支付。

在本案中，原告与被告就民事代理关系的存在和原告已经代李臣支付购房款的事实均无争议。但被告认为购房款已经由李臣偿还给孙前。对此，谁应当承担举证责任呢？根据最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第5条第2款的规定："对合同是否履行发生争议的，由负有履行义务的当事人承担举证责任。"在本案原、被告双方之间的代理合同中，根据上述法律关系的分析，被告负有证明其已将购房款交付给孙前的举证责任，由于李臣已死亡，支付房款是对李臣、魏双夫妻共同财产的处分，所以责任应由李臣之配偶，即被告魏双承担。现被告不能证明上述事实，故根据最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第2条"当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明。没有证据或者证据不足以证明当事人的事实主张的，由负有举证责任的当事人承担不利后果"的规定，应由其承担举证不能的法律后果。


房屋租赁纠纷



24. 房屋租赁合同未登记备案的，是否有效?

【案情】

韩露为了上班方便，拟在工作单位附近租一套房子，经过比较，看中了朱飞的一套一居室房屋。经过双方协商，签订了房屋租赁合同，约定：租金为每月 1000 元，租期 1 年，自 2011 年 7 月 1 日至 2012 年 6 月 30 日。在韩露准备搬入该房屋时，朱飞认为租金过低，遂反悔要求解除合同，遭到韩露拒绝，双方为此发生争议。韩露向人民法院提起诉讼。

【争鸣】

■ 原告韩露提出，当事人双方自愿订立租赁合同，合法有效，应当按照合同履行各自的义务。现朱飞反悔，应当承担违约责任，双倍返还定金。

■ 被告朱飞提出，依据我国《房地产管理法》和《城市房屋租赁管理办法》的规定，房屋租赁实行登记备案制度。未经登记备案的房屋租赁合同不具有法律效力。由于原、被告签订的房屋租赁合同未经登记备案，被告可以返还原告交纳的定金，但不同意原告要求被告承担违约责任、双倍返还定金的诉讼请求。



【律师点评】

《物权法》第 15 条规定："当事人之间订立有关设立、变更、转让和消灭不动产物权的合同，除法律另有规定或者合同另有约定外，

自合同成立时生效；未办理物权登记的，不影响合同效力。”不动产登记是登记机构对不动产权利进行登记，依法确认不动产权属关系及相关事项的行为。登记最主要的目的在于公示，通过登记将不动产权属的设立、转移和变更的情况向公众予以公开，便公众了解某项不特定的不动产所形成的房地产权属状态。其价值功能在于以公示方式宣示物权的权属，满足物权对属性的要求，同时通过公示方式厘清权属，避免和减少权属纠纷。

但是长期以来我们对于登记要件有一种误解，即未办理登记，不仅物权不能移转而且合同也是无效的。这种误解不仅在理论上是错误的，而且在实践中也是有害的。物权法对此做了相应的规定，合同一旦设立，就应当在当事人之间产生效力，如果没有办理登记，只是导致物权不能设定或者发生变动。因为登记仅是一种物权变动的公示方式，其针对的对象是物权而不是合同，其影响的仅是物权的效力而不是合同的效力。而合同的形式要件的要求并不在于要向不特定第三人公示合同的内容，而仅仅在于使合同的成立和内容获得某种证据或满足某种成立或生效的条件。

而《合同法》第44条规定：“依法成立的合同，自成立时生效。法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续生效的，依照其规定。”批准和登记是我国合同法律制度中的两个比较常见的法律行为。根据某些法律和行政法规的规定，某些合同必须经过有关政府行政部门的批准或者登记。应如何理解这种登记与物权登记的关系呢？登记生效的合同，在立法上最典型的就是《担保法》第41条的规定，用担保法第42条所规定的财产尤其是其中的不动产来设定抵押权的话，办理抵押登记手续抵押合同才生效，这里的登记是合同的法定特别生效条件，办了登记合同才生效。而不动产变动的登记手续与此不同，作为物权法规定的特别手续，意在使特定当事人间的物权法律关系取得公众周知的公平和公信效果。不动产登记不是要决定合同

的成立、生效，而是要决定物权的效力而已。

最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（一）》第9条规定："法律、行政法规规定合同应当办理登记手续，但未规定登记后生效的，当事人未办理登记手续不影响合同的效力，合同标的物所有权及其他物权不能转移。"最高人民法院的这一司法解释改变了长期以来关于登记直接决定合同效力的误解。因此，如果没有办理登记的话，影响的仅是物权不能移转或者变动，但是不能影响合同的效力。

《房地产管理法》第54条规定："房屋租赁，出租人和承租人应当签订书面租赁合同，约定租赁期限、租赁用途、租赁价格、修缮责任等条款，以及双方的其他权利和义务，并向房产管理部门登记备案。"《商品房屋租赁管理办法》第14条规定："房屋租赁合同订立后三十日内，房屋租赁当事人应当到租赁房屋所在地直辖市、市、县人民政府建设（房地产）主管部门办理房屋租赁登记备案。房屋租赁当事人可以书面委托他人办理租赁登记备案。"第15条规定："办理房屋租赁登记备案，房屋租赁当事人应当提交下列材料：（一）房屋租赁合同；（二）房屋租赁当事人身份证明；（三）房屋所有权证书或者其他合法权属证明；（四）直辖市、市、县人民政府建设（房地产）主管部门规定的其他材料。房屋租赁当事人提交的材料应当真实、合法、有效，不得隐瞒真实情况或者提供虚假材料。"

如前所述，这里的登记决定的是物权变动的效力，而非合同的效力。如果没有登记，不发生物权的变动。例如，出租人同时将房屋出租给两个承租人，其中一人的房屋租赁合同办理了登记备案，取得了房屋的租赁权，即用益物权。另一人的房屋租赁关系未经登记备案，不发生物权变动的效力，其依据租赁合同享有的债权不能对抗第三人已经取得的用益物权，而只能依据合同要求出租人承担违约责任。因为没有办理登记备案影响的只是物权变动的效力，而合同本身是生效

的。在本案中，虽然原、被告签定的房屋租赁合同未办理登记，用益物权（房屋的占有、使用权）未转移，但合同本身合法有效。原告可以依据合同要求被告履行义务或者承担违约责任。《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》第4条规定："当事人以房屋租赁合同未按照法律、行政法规规定办理登记备案手续为由，请求确认合同无效的，人民法院不予支持。当事人约定以办理登记备案手续为房屋租赁合同生效条件的，从其约定。但当事人一方已经履行主要义务，对方接受的除外。"因此，本案的房屋租赁合同应当认定为有效，原告关于双倍返还定金的诉讼请求应当支持。

25. 未约定房屋租赁期限的，出租人能否随时解除合同?

【案情】

2006年，刘义在某地闹市区购买了一处临街店面。原准备自己做生意用，后因故未能起用，便考虑将其出租给他人。李阳原是某企业销售人员，从单位退休后想搞点个体经营。经过调查，李阳看中了刘义在市区的店面。两人经过协商，签订了租赁合同。合同约定：由李阳租刘义临街门面房一间，租金每月2000元，租期1年。承租期满后，刘义口头通知李阳，增加租金，按每月2300元交纳。李阳表示同意，即从当月按每月2300元给李阳交纳租金。3个月以后，刘义再次上调租金，每月2500元，遭到李阳的拒绝。李阳坚持双方应按照原租金标准继续履行合同。经协商未果，刘义向人民法院提起诉讼，要求李阳按每月2500元交纳租金，并要求其于两个月内退出房屋。

【争鸣】

■ 原告刘义诉称，双方原租赁合同期满后未续签，仅口头约定了新的租金标准，未约定租赁期限。根据《合同法》的规定，当事人对租赁期限没有约定或者约定不明确，视为不定期租赁。当事人可以随时解除合同，但出租人解除合同应当在合理期限之前通知承租人。现双方就租金问题无法达成一致，要求解除合同。自己已经给了被告两个月的期限，符合合同法的规定。但被告应当按照每月2500元的标准交纳租金。

■ 被告李阳辩称，当事人原门面房租赁合同期满时，原告口头形式通知，要求每月按2300元交纳租金，经协商一致后，双方按此

协议履行了3个月。对此，应当视为双方达成了口头租赁合同，协议有效。原告在未征得自己同意的情况下，单方随意提高租金，是违约行为。不同意解除合同，要求按照原租金标准继续履行。



【律师点评】

《合同法》第212条规定："租赁合同是出租人将租赁物交付承租人使用、收益，承租人支付租金的合同。"从这条规定中可以看出，租赁合同有以下特征：

（一）租赁合同是转移财产使用权的合同。租赁合同是一方当事人（出租人）将租赁物有限期地交给另一方当事人（承租人）使用，承租人按照约定使用该租赁物并获得收益。在租赁的有效期内，承租人可以对租赁物占有、使用、收益，而不能任意处分租赁物。当租赁合同期满，承租人要将租赁物返还出租人。因此，租赁合同只是将租赁物的使用权转让给承租人，而租赁物的所有权或处分权仍属于出租人。租赁合同的这一特征区别于买卖合同和赠与合同。买卖合同是出卖人转移标的物的所有权于买受人的合同。赠与合同是赠与人将自己的财产给予受赠人。这两类合同都是以转移财产的所有权为基本特征的。

（二）承租人取得租赁物的使用权是以支付租金为代价。承租人使用租赁物是为了满足自己的生产或生活需要，出租人出租租赁物是为了使租赁物的价值得以实现，取得一定的收益。承租人要取得使用权不是无偿的，是要向出租人支付租金的。支付租金是租赁合同的本质特征。这一特征区别于借用合同，借用合同虽然借用人取得了借用物的使用权，但是借用是无偿的，不需付出任何代价。同时这一特征也区别于借款合同，虽然两者都是有偿的，但借款合同支付的是利息。利息不同于租金，租金双方当事人可以约定，利息在很多情况下

是法定的，当事人是不能约定的，即使是自然人之间的借款利息也有一个上限要求，不能放高利贷；租金可以不按租期的时间长短来计算，利息往往是根据借款时间的长短来计算。

（三）租赁合同的标的物是有体物、非消耗物。租赁物必须是有形的财产，这是租赁合同的特征之一。租赁物可以是动产，如汽车、机械设备、计算机等，也可以是不动产，如房屋。但无论是动产还是不动产，它们都是有形的，都是能以一定的物质形式表现出来的。无形的财产不能作为租赁的标的物。这是与租赁合同中承租人占有、使用租赁物的特征紧密联系的。非消耗物是指能够多次使用而不改变其形态和基本价值的物。一次性使用的物品或很快就消耗掉的物品不能作为租赁物，如洗涤用品、粮食等，因为这些物品一经使用，就已丧失其自身的价值，甚至物本身已经消失了，根本不可能再要求出租人返还。

（四）租赁合同是双务有偿的合同。在租赁合同中，出租人和承租人均享有权利和承担义务，出租人须将租赁物交付承租人，并保证租赁物符合约定的用途。承租人负有妥善保管租赁物并按约定按期向出租人支付租金的义务。任何一方当事人在享有权利的同时都是以履行一定义务为代价的。因此，租赁合同是双务有偿的合同。它区别于赠与合同，赠与合同一般是单务合同，赠与人向受赠人赠与财物并不以对方承担一定义务为条件。

（五）租赁合同具有临时性。租赁合同是出租人将其财产的使用收益在一定期限内转让给承租人，承租人不可能对租赁物永久地使用，物的使用价值也是有一定期限的。各国法律一般都对租赁期限的最长时间有所限制。我国《合同法》规定，租赁期限最长不能超过20年。租赁合同根据租赁物的不同可分为动产租赁和不动产租赁，不动产租赁在我国主要指房屋租赁。根据租赁合同是否约定期限可分为定期租赁和不定期租赁。定期租赁关系到租金的交付日期、租赁物的返还日期、合同终止的时间等问题。不定期租赁赋予合同当事人随

时解除合同的权利。

在本案中，刘义与李阳原租赁合同期满后，出租人两次口头通知提高房屋租金。在实践中，对口头合同的效力一般这样处理：如果当事人双方对口头合同的主要条款无异议，且已实际履行，合同内容又不违反法律法规、政策规定的，一般可确认合同有效；如果双方当事人对合同成立有异议，且无其他证据可以证明，又未实际履行的，可以认定合同未成立。本案中，刘义第一次将房租从2000元提到2300元，被告李阳接受并履行3个月之久，显然符合前一种情况，故应认定合同关系有效。刘义再次提高房租的要约后，虽通知李阳，但李阳并未作出承诺，且此后双方亦未达成协议，符合后一种情形，故应认定此合同关系未成立。

《合同法》第232条规定："当事人对租赁期限没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，视为不定期租赁。当事人可以随时解除合同，但出租人解除合同应当在合理期限之前通知承租人。"刘义与李阳之间未签订新的书面房屋租赁合同，而由刘义口头通知被告应增加租金，等于发出继续承租的条件的要约；李阳对此表示同意，并按此标准向刘义交纳租金，是以意思表示及实际行为予以承诺。据此应视为原、被告之间成立了一个新的房屋租赁合同关系。但是，该租赁合同欠缺一个主要内容即租赁期限的约定。这在法律上意味着刘义有权随时要求解除租赁合同关系，并自提出要求之日起，给予李阳一段合同时间搬迁。此权利行使，并不以承租人是否同意为条件。因此，刘义要求解除合同，并给予了李阳两个月的期限，要求其退出租赁房屋，符合《合同法》的规定，应当予以支持。但其要求被告按照每月2500元标准交纳租金，没有法定或约定的依据。租金标准的改变应当由当事人双方协商一致，才能发生法律效力，对双方产生约束力。在当事人一方不同意变更租金标准的情况下，应当按照原租金标准继续履行合同。

26. 未经出租人同意转租房屋的，转租合同是否有效?

【案情】

谢冰是某城市居民，有一套闲置的三居室房屋。胡青大学毕业后到该城市工作，无房居住。获悉谢冰有闲置房屋出租后，两人取得联系，经协商后签订房屋租赁合同。合同约定：谢冰将三居室房屋出租给胡青，月租金1500元，按季度缴纳；租期1年。胡青在居住和使用房屋的过程中，感到房屋太大，自己一个人无法充分利用，便想找人合租，以便分担租金。由于担心谢冰可能会不同意，胡青未征求其意见，便自行寻找合租人。经协商，胡青将三居室中的一间转租给郭震。不久，谢冰获悉胡青擅自转租后，告知其不同意转租，但胡青置之不理。谢冰向法院起诉。

【争鸣】

■原告谢冰诉称，胡青在未经自己同意的情况下，将承租的房屋转租给他人，按照《合同法》的规定，未经出租人同意的转租，出租人可以解除合同。因此，请求人民法院判决解除与胡青的房屋租赁合同，收回房屋。同时，根据《合同法》的规定，转租须经出租人同意，既然承租人进行转租的行为未经出租人同意，其性质显然属非法转租，转租合同当然无效。

■被告胡青辩称，自己转租时虽然未经出租人同意，但转租并未给出租人造成任何损失，而且房屋转租已成事实，解除合同将造成多方不便。谢冰请求解除合同，理由不充分，请求人民法院判决继续

履行合同。

第三人郭震提出，转租合同为诺成性合同，双方意思表示一致即有效成立。因此，自己与胡青之间的转租虽然未经出租人同意，但转租合同本身是有效的，要求继续履行租赁合同。



【律师点评】

《合同法》第224条规定："承租人经出租人同意，可以将租赁物转租给第三人。承租人转租的，承租人与出租人之间的租赁合同继续有效，第三人造成损失的，承租人应当赔偿损失。承租人未经出租人同意转租的，出租人可以解除合同。"未经出租人同意的转租，又称非法转租。审判实践中，存在着大量因非法转租引起的纠纷，如出租人以承租人未经其同意擅自转租为由要求收回房屋，次承租人则以与承租人签订了有效的租赁合同并已向承租人交纳相应租金且已对承租房屋进行了装修为由拒绝交出房屋。对未经出租人同意的转租，依上述法律规定，出租人可以解除合同，但承租人与次承租人之间的租赁合同究竟是有效，还是无效或者效力待定，存在不同的看法。结合合同法的有关规定，分析租赁合同的性质、功能，这种转租合同应当是有效的。

首先，根据合同法规定，租赁合同为诺成性合同。郭震与胡青之间的租赁合同虽未经出租人同意，但这并不发生改变转租合同性质的后果，亦属诺成合同，该转租合同从双方意思表示一致时即生效，因此，该转租合同为有效合同。只不过该生效的转租合同的效力随着出租人对原租赁合同是否行使解除权而发生变化。根据《合同法》第224条的规定，发生非法转租时，出租人可以解除合同，也可以不解除合同。出租人不解除合同时，转租关系依然存在，转租合同当然有

效。出租人解除合同时，原生效的转租合同只不过随着出租人解除合同行为的行使而发生终止的法律后果，而非转租合同自始无效。

其次，法律规定转租需经出租人同意是出于保护出租人的利益，但往往未经过出租人同意的转租并不损害出租人的利益，出租人与承租人签订租赁合同的目的无非就是获取出租房屋带来的租金收益，转租行为的发生并不影响出租人实现收益，在某种情况下，还可以确保其收益。如承租人因种种原因无法对租赁物进行事实上的占有、使用，若闲置不用，必然会浪费资源，给承租人造成不必要的损失，这样反而使出租人的预期收益处于不确定状态。若非法转租合效有效，可以均衡各方当事人的利益。

最后，根据《合同法》的规定，未经出租人同意的转租行为是非法行为，但承租人与次承租人所签订的转租合同却是有效合同，这样的结论看似与《合同法》第51条存在矛盾，其实不然。按照“特别规定优于普通规定”的原则，应优先适用合同法分则的规定。当然并非所有非法转租合同都有效，这里讲的有效都有一个共同的前提：次承租人善意无过失，即不知道或不应当知道承租人是无权处分行为。在无权处分条件下，对善意相对人给予特别保护，这一点也是现代市场经济对合同法所提出的必然要求。否则，由于转租合同自始无效，一旦出租人解除租赁关系，善意的次承租人将无法要求承租人赔偿自己的损失。

根据《合同法》第224条的规定，非法转租应发生以下法律效果：第一，出租人与承租人之间的关系。承租人转租为严重的违约行为，出租人有权解除合同。出租人解除合同的可以请求损害赔偿；出租人不解除合同的，租赁关系仍然有效，不因承租人的转租而受影响。第二，承租人与次承租人之间的关系。双方之间的租赁合同有效，承租人负有使次承租人取得对租赁物使用收益的义务。承租人不能使次承租人取得使用收益的权利，次承租人可以向承租人要求损害

赔偿。第三，出租人与次承租人的关系。次承租人的租赁权不能对抗出租人。虽然转租合同是有效合同，但这仅是就承租人与转承租人之间的法律关系而言。转承租人不能以转租合同有效为由而拒绝交换房屋，即不能以自己和承租人之间的合同权利来对抗出租人的租赁合同解除权。出租人终止租赁关系时，出租人可以直接向次承租人请求返还租赁物。本案中，谢冰可以行使解除权，解除与胡青的租赁合同，收回出租房屋。合同解除后，胡青与郭震的转租关系终止，郭震可以要求胡青承担违约责任。

另外，2009 年出台的《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》对于租赁房屋的转租问题作出了详细的规定，其中：第 15 条规定："承租人经出租人同意将租赁房屋转租给第三人时，转租期限超过承租人剩余租赁期限的，人民法院应当认定超过部分的约定无效。但出租人与承租人另有约定的除外。"第 16 条规定："出租人知道或者应当知道承租人转租，但在六个月内未提出异议，其以承租人未经同意为由请求解除合同或者认定转租合同无效的，人民法院不予支持。因租赁合同产生的纠纷案件，人民法院可以通知次承租人作为第三人参加诉讼。"第 17 条规定："因承租人拖欠租金，出租人请求解除合同时，次承租人请求代承租人支付欠付的租金和违约金以抗辩出租人合同解除权的，人民法院应予支持。但转租合同无效的除外。次承租人代为支付的租金和违约金超出其应付的租金数额，可以折抵租金或者向承租人追偿。"

27. 承租人逾期未搬离房屋也未缴纳租金的，应否承担违约责任？

【案情】

吴芳与周海签订房屋租赁合同，承租周海的一套三居室房屋。双方约定：租赁期限为1年，自2006年9月1日至2007年8月31日；租金每月3600元，支付方式为月付；保证金为两个月租金；承租人每月5日前支付租金，否则出租人有权终止合同并扣留保证金。合同生效后，双方一直按照约定履行义务。2007年8月31日，合同到期，但吴芳并未按期搬离，也没有交纳租金。周海对吴芳继续使用房屋未提出异议，但曾催促吴芳交纳租金。2007年9月17日，吴芳搬离该房屋，要求周海在扣除逾期滞留的租金后，将保证金返还，遭到周海拒绝。双方为此发生争议，诉至人民法院。

【争鸣】

■ 原告吴芳诉称，2007年8月31日，租赁合同有效期满，双方未就续约问题进行协商。原告滞留期间，被告并未提出异议。原告继续使用承租房屋的行为应认定是单方滞留，而不是原合同的延续，原租赁合同无效。滞留期间，双方没有关于违约责任的约定，原告虽没有给付被告各种费用，但不构成违约，被告应在扣除原告使用房屋的有关费用后退还原告的保证金。现原告搬离承租房屋并要求返还保证金，被告以原告逾期未交纳租金，构成违约为由，扣留保证金，没有法律和合同依据，请求人民法院判决其返还保证金。对于逾期滞留期

间应当交纳的租金，原告愿意交纳。

■被告周海辩称，在原租赁合同有效期满后，原告继续租赁使用房屋，被告予以认可，原租赁合同继续有效，双方仍按原租赁合同享受权利、履行义务。原告经被告催促仍不交纳租金，违反了合同约定，应当承担违约责任，保证金应当予以扣留，并且原告需要支付在此期间的房租和水、电等各项费用。



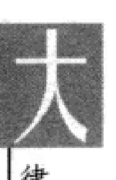
【律师点评】

本案涉及的现象在房屋租赁关系中并不鲜见。承租人由于种种原因，在原房屋租赁合同有效期满后未搬出，继续使用房屋一段时间。在此期间内，原房屋租赁合同是否应当视为自动续期，双方继续按照原合同约定履行义务？如果承租人未按照原合同约定交纳租金，是否构成违约？民事法律行为以意思表示为核心要素，其效果是由当事人意思表示决定的。意思表示是行为人把进行某一民事法律行为的内心意思，以一定的方式表达于外部的行为。其形式有明示和默示两种。明示是直接使用语汇实施的表示行为；默示是含蓄或者间接表达意思的方式。默示包含的意思他人不能直接把握，而要通过推定手段才能理解。推定是行为人并不直接用口头或书面形式进行意思表示，而是通过实施某种行为来进行意思表示。推定行为实际上是通过行为人实施的积极行为，推定出行为人已做出要达到某种法律后果的意思表示。

在本案中，原告在房屋租赁合同有效期满后继续使用房屋的行为和被告对此给予默认并催促其交纳租金的行为，就是一种默示的意思表示，可以推定当事人双方就继续按原合同履行义务达成一致，原合同继续有效。被告也有充分的理由认为原告逾期不迁出并继续使用房屋的行为，是同意继续履行原合同的意思表示。按照合同约定，原告

应当在每月5日前交纳租金，但原告经被告催促后仍未交纳，被告有权终止合同并扣留保证金。

另外，《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》第18条规定："房屋租赁合同无效、履行期限届满或者解除，出租人请求负有腾房义务的次承租人支付逾期腾房占有使用费的，人民法院应予支持。"



28. 租赁合同解除时，出租人应否补偿承租人的装修费用？

【案情】

冯定国按揭贷款购买了一处商品房，准备给儿子做结婚之用。为了减轻还贷压力，冯定国将该房出租给张勇，双方签订了租赁合同：租期为2年，自2011年1月至2013年12月。由于房屋处于毛坯状态，李同在承租后对房屋进行了装修，安置了防盗窗，铺设了地板，室内又安置了空调、电话等。2011年8月，由于儿子着急结婚，冯定国提出解除租赁合同。张勇表示理解和同意，但要求冯定国补偿自己在装修方面的投入，双方不能协商一致。张勇拒绝搬出，冯定国向人民法院提起诉讼。

【争鸣】

■原告冯定国诉称，按照双方的合同约定，如果原告因故急需用房，租赁关系终止。现条件具备，被告应自动腾退房屋。否则，就违反了合同承诺。另外，被告对房屋自行装修，双方事先并未约定原告对此有补偿义务。而且，原告在被告搬出后，必然要对房屋重新进行装修，被告的装修没有利用价值，要求原告给予赔偿有失公平。

■被告张勇辩称，被告承租的房屋处于毛坯状态，为了便于使用，经原告同意进行了装修。现原告提出提前解除合同，自己表示理解和同意，但从公平的角度出发，原告应当对自己装修投入造成的损失给予补偿。



【律师点评】

房屋出租以后，承租人往往会根据个人的生活需要对房屋进行或简或繁的装修。如果合同双方事先没有就装修的问题进行明确约定，在合同期满或因其他原因解除合同时，往往会因为装修投入的承担问题发生纠纷，本案就是比较典型的一例。

《合同法》第223条规定："承租人经出租人同意，可以对租赁物进行改善或者增设他物。承租人未经出租人同意，对租赁物进行改善或者增设他物的，出租人可以要求承租人恢复原状或赔偿损失。"《商品房屋租赁管理办法》第10条规定："承租人应当按照合同约定的租赁用途和使用要求合理使用房屋，不得擅自改动房屋承重结构和拆改室内设施，不得损害其他业主和使用人的合法权益。承租人因使用不当等原因造成承租房屋和设施损坏的，承租人应当负责修复或者承担赔偿责任。"当事人之间就装修问题做出明确约定并签订书面协议，是解决装修物归属及补偿的最好救济方法。但在现实生活中，人们往往忽视这一点，留下产生纠纷的隐患。

所以，最高人民法院《关于贯彻〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见》进一步规定："非产权人在使用他人的财产上增添附属物，财产所有人同意增添，并就财产返还时附属物如何处理有约定的，按约定办理；没有约定又协商不成，能够拆除的，可以责令拆除；不能拆除的，也可以折价归财产所有人，造成财产所有人损失的，应当负赔偿责任。"（第86条）房屋出租以后，对承租人投入的装修物的处理，有约定的，按照约定；无约定或约定不明的，能拆除的装修物，由承租人拆除归己所有，不能拆除或者虽然能拆除但会明显损坏、降低物品使用价值的，装修物归出租人所有，由出租人返还相应费用。

在司法实践中处理此类问题时，通常遵循以下原则：第一，最大限度地发挥装修物价值的原则。即应当本着最大限度发挥装修物的价值的原则，在出现租赁合同到期或解除时，对承租人经过出租人同意进行的装修及出租人虽未明示同意但知悉后未表示反对而进行的装修，按照民法中主物所有权人取得从物的原则，在不能破坏原装修的条件下，装修房屋由出租人收回。对于承租人因此遭受的损失，由出租人进行适当的补偿。

第二，过错责任原则。首先，租赁合同无效时对装修物的处理。由于出租人单方原因或租赁双方的原因导致合同无效时，应当依据《合同法》的规定，有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失；双方都有过错的，应当各自承担相应的责任，对装修物进行处理。如果系出租人责任导致合同无效的，则承租人经出租人同意所作的装修损失应全部由出租人承担。如果导致合同无效系双方责任，则因此所出现的装修损失应当按双方的过错责任大小由双方按比例承担。

其次，因出租人过错导致合同解除的，应当对承租人所作的装修作现值评估，按照这个评估价，出租人补偿承租人的装修损失；因承租人的过错导致合同解除的，在追究承租人违约责任的同时，出租人应当对承租人的装修损失给予适当补偿；因租赁双方共同过错导致合同解除的，应当在对装修损失进行现值评估后，考虑到装修物对出租人的可利用价值，首先由出租人给承租人适当的补偿，这个补偿与评估现值之间的差额，应当由租赁双方按过错承担责任。

第三，公平原则。因合同期满，不可抗力导致合同终止的，出租人给予承租人的补偿应当体现公平原则。即由出租人给予承租人装修物可利用价值经济补偿，现存鉴定价值与可利用价值之间的差额为承租人的损失，该损失依公平合理原则由双方分担。值得一提的是，如遇拆迁致合同终止的，在无约定情况下，对承租人的补偿，以拆迁人给予的补偿额为准，而不存在损失分担问题。

《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》第9条规定："承租人经出租人同意装饰装修，租赁合同无效时，未形成附合的装饰装修物，出租人同意利用的，可折价归出租人所有；不同意利用的，可由承租人拆除。因拆除造成房屋毁损的，承租人应当恢复原状。已形成附合的装饰装修物，出租人同意利用的，可折价归出租人所有；不同意利用的，由双方各自按照导致合同无效的过错分担现值损失。"第10条规定："承租人经出租人同意装饰装修，租赁期间届满或者合同解除时，除当事人另有约定外，未形成附合的装饰装修物，可由承租人拆除。因拆除造成房屋毁损的，承租人应当恢复原状。"第11条规定："承租人经出租人同意装饰装修，合同解除时，双方对已形成附合的装饰装修物的处理没有约定的，人民法院按照下列情形分别处理：（一）因出租人违约导致合同解除，承租人请求出租人赔偿剩余租赁期内装饰装修残值损失的，应予支持；（二）因承租人违约导致合同解除，承租人请求出租人赔偿剩余租赁期内装饰装修残值损失的，不予支持。但出租人同意利用的，应在利用价值范围内予以适当补偿；（三）因双方违约导致合同解除，剩余租赁期内的装饰装修残值损失，由双方根据各自的过错承担相应的责任；（四）因不可归责于双方的事由导致合同解除的，剩余租赁期内的装饰装修残值损失，由双方按照公平原则分担。法律另有规定的，适用其规定。"第12条规定："承租人经出租人同意装饰装修，租赁期间届满时，承租人请求出租人补偿附合装饰装修费用的，不予支持。但当事人另有约定的除外。"第13条规定："承租人未经出租人同意装饰装修或者扩建发生的费用，由承租人负担。出租人请求承租人恢复原状或者赔偿损失的，人民法院应予支持。"

具体到本案，由于当事人双方事先未就装修补偿问题进行明确约定，应当按照最高人民法院司法解释的规定，能够拆除的，由张勇拆除；不能拆除的，由冯定国折价给予补偿。由于防盗窗和地板拆除后

会明显损害物品价值，应当进行估价并由冯定国给予补偿；至于电话、空调等可以拆除，应当由张勇拆除后归其所有。考虑到合同的解除是由于出租人的原因，对于承租人的损失应当按照装修物的评估价值进行补偿，而不能因为装修物对出租人没有利用价值拒绝补偿。

29. 一房两租，谁有权占有和使用房屋？

【案情】

张雷拥有一套平房，被其弟张雨占用。张雷曾多次想收回平房，均被张雨拒绝。2007 年 5 月，张雷与何威签订房屋租赁合同，双方约定：张雷将该平房出租给何威，租金每月 500 元，按季度支付；租期自 2007 年 6 月至 2009 年 6 月。由于房屋被张雨占用，拒绝搬出，合同无法履行。张雷表示：待张雨搬出后履行合同，何威再交纳租金。2007 年 9 月，张雷在没有通知何威是否解除已签订合同情况下，与张爱华签订了该套平房的房屋租赁合同，租金每月 700 元，租期 3 年。2007 年 10 月，张爱华交付了半年的租金。张雨腾出房屋后，张雷将该房屋交付给张爱华使用。何威获悉后，当即找到张雷，要求履行合同，遭到拒绝。张雷认为，何威与自己签订房屋租赁合同后一直没有交纳租金，故应视为双方已自行解除合同。期间，何威找到张爱华说明了自己先行租赁房屋的情况，要求其解除与张雷的租赁合同。张爱华认为，自己与张雷签订的租赁合同合法有效，不同意解除。何威先行租赁该房屋一事，是其与房主张雷之间的纠纷，与自己无关。此后，张爱华按照合同约定入住和使用了承租房屋。无奈之下，何威诉至法院，请求法院依法确认自己与张雷签订的房屋租赁合同有效，继续履行合同。

【争鸣】

■ 原告何威诉称，自己与张雷签订的房屋租赁合同是双方当

事人真实意思表示，合同约定内容明确，因房屋没有让出，自己与张雷约定待房屋让出后，即开始履行合同，此行为应视为当事人双方就签订的房屋租赁合同的变更补充。张雷方在未通知何威原合同解除情况下将该房屋另租给他人，并在原占用人张雨搬出后，拒绝与何威履行合同，而将房屋交付给他人使用，造成合同违约，张雷具有过错责任。请求人民法院确认自己与张雷的房屋租赁法律关系有效，继续履行合同，判决张雷将租赁的房屋交付给自己使用。

■ 被告张雷辩称，自己与何威签订的房屋租赁合同因何威未交纳租金，已经自动解除。自己与第三人张爱华之间签订的租赁合同为有效合同，请求人民法院驳回原告的诉讼请求。

■ 第三人张爱华提出，被告张雷与原告何威和自己签订的房屋租赁合同虽然都是有效合同，但张雷作为出租人只能就其中一个合同履行。张雷已将租赁物交付自己并收取了半年租金 4200 元，双方已实际履行了合同。至此，何威与张雷签订的合同无法履行，对此，张雷具有过错，应向何威承担违约责任。自己在本案中没有过错，合法权益应当得到保护。请求人民法院确认自己与张雷的房屋租赁关系有效，合同继续履行。何威只能请求张雷承担违约责任。对其要求张雷与其继续履行合同的诉讼请求，不应支持。



【律师点评】

在本案中，在同一租赁物上，先后成立了两个租赁合同，出租人却将租赁物交付给了后成立的租赁合同的承租人。在现实生活中，这样的情况并不鲜见。当出租人先后将租赁物出租给两个

承租人时，如果两份租赁合同均不具有无效或可撤销的条件，是有效合同，则依合同约定，出租人交付租赁物，承租人占有租赁物，其占有是合法占有，应当受到保护。因此先占有租赁物的承租人，即取得对租赁物的权利。因这种权利属于他物权，即用益物权，根据《物权法》第117条的规定，“用益物权人对他人所有的不动产或者动产，依法享有占有、使用和收益的权利。”这种权利具有对抗力和排他性。而未占有租赁物的承租人，其享有的是来源于合同约定的请求交付租赁物的权利，是债权，根据物优先于债权的原则，其不能对抗另一承租人所享有的他物权。因此，未取得占有租赁物的承租人，只能依债务不履行向出租人请求损害赔偿，无法取得对租赁物的权利。当然，法律规定对租赁关系进行登记，作为承租人对抗第三人的前提条件的，先将房屋租赁关系进行登记的承租人，取得承租人对租赁物的权利。而在本案中，何威要求继续履行合同的诉讼请求能否得到支持，就取决于两个方面的问题：一是其与张雷签订的房屋租赁合同是否已经解除；二是已经居住使用租赁房屋的另一承租人张爱华与张雷签订的房屋租赁合同是否为有效合同。

根据《合同法》的规定，当事人可以约定一方解除合同的条件，主张解除合同的，应当通知对方。合同自通知到达对方时解除。本案何威与张雷签订的房屋租赁合同约定了明确的租赁标的、租期、租金及违约责任，是双方当事人真实意思表示。后因该租赁房屋的原承租人张雨正在使用，房屋没有让出，张雷未向何威交付房屋，双方人约定待房屋让出后，即开始履行合同，故张雷未向何威收取租金。此行为应视为原告、被告双方就签订的房屋租赁合同的进行了有效的变更补充。在原占用人张雨搬出后，当事人双方应当按租赁合同继续履行，即张雷向何威交付房屋，何威向张雷交纳租金。张雷提出何威自签订房屋租赁合同后一直没有交纳租金，因

此应视为双方已自行解除合同。张雷的辩解观点没有法律依据，即便原告被告在合同中约定了不交纳租金一方可以解除合同，但本案在签定合同时因房屋没能及时交付，存在一定的特殊性，张雷可以在认为履行合同条件成就时，限期由何威交纳租金。如果何威在限期内不交款，张雷可以解除合同，并书面或口头通知何威即可。本案张雷没有给予何威一定的期限，也未通知何威合同已解除，仅以何威未交租金而视合同自行解除是错误的，是违反法律规定的。故原告被告所签合同是真实有效的，双方应在合同履行条件成就时继续履行。

张雷作为出租标的物的所有权人，有权按照租赁合同出租标的物，其与何威所签的租赁合同是合法有效的，何威依据此合同已取得该标的物的使用权，因租赁房屋的原承租人张雨正在使用，房屋没有让出，故何威未能按合同及时取得使用权，但其依据合同享有了他物权。张雷在未对该合同是否履行、是否中止、是否解除作出定论情况下，无权就同一标的物另签租赁合同，其行为违反一物上设定两个不同使用权的规定，侵害了何威的他物权，其与张爱华所签合同应属无效合同，不应受到法律保护。何威在获悉被告张雷与张爱华签订房屋租赁合同后，即向张雷、张爱华分别提出异议。作为他物权人的何威根据其对出租标的物的合法占有权要求张雷按原有效房屋租赁合同履行是有法律依据的，何威的主张应当得到支持。张爱华在获悉何威与张雷存在房屋租赁法律关系，并主张履行原租赁合同时，应当待张雷与何威就相关问题处理后再考虑履行合同和居住使用房屋的问题，但其对何威提出的异议不予理睬，仍然入住和使用承租房屋。因此，其租赁房屋的使用权不符合善意取得。为保护承租人何威的合法权益，张雷与张爱华先前签订的房屋租赁合同也不宜认定为有效。由此造成的损失，张爱华应向张雷主张赔偿。由此可见，张雷在未对原租赁合同作出明确的解除或中止

情况下而与案外人张爱华另签租赁合同，违反有关法律规定，所签合同应属无效合同。因原合同合法有效，何威因合法占有权而提起的排斥所有权人和第三人对占有物的侵害，主张继续履行合同的诉讼请求，应当得到支持。

另外，2009年出台的《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》第6条规定："出租人就同一房屋订立数份租赁合同，在合同均有效的情况下，承租人均主张履行合同的，人民法院按照下列顺序确定履行合同的承租人：（一）已经合法占有租赁房屋的；（二）已经办理登记备案手续的；（三）合同成立在先的。不能取得租赁房屋的承租人请求解除合同、赔偿损失的，依照合同法的有关规定处理。"

30. 故意隐瞒房屋已出租事实并给承租人造成损失，应否赔偿？

【案情】

吴华有一套三居室房屋，于2006年出租给李志，双方签订了为期3年的房屋租赁合同。2007年，吴华见当地房价上涨，觉得李志给的租金太低，打算毁约。经过中介机构的介绍，吴华与家在外地的钱风取得了联系。钱风对吴华的房屋面积和位置比较满意，给出的价格较高，吴华当即表示愿意将房子租给钱风，并催促其尽快迁来，双方办理租赁和入住手续。钱风信以为真，与家人举家搬迁往该地。在此期间，吴华向李志提出：自己的亲戚将迁到该地，需要住房，要求解除合同。李志断然拒绝，认为双方有合同在先，应当按照合同继续履行。双方经多次协商，未能达成一致意见。钱风和家人迁到该地后，才发现吴华的房屋早已出租给他人，而且对方拒绝腾退房屋，无奈之下，只好在当地的旅馆暂住。钱风要求吴华赔偿自己的损失，吴华认为双方尚未签订房屋租赁合同，拒绝赔偿。双方为此发生纠纷，诉至人民法院。

【争鸣】

■原告钱风诉称，吴华隐瞒房屋已经出租的事实，告知自己尽快前往房屋所在地办理租赁和入住手续，导致自己举家搬迁，到达该地后却无房居住，只好暂住旅馆，支出了大笔额外费用，给自己造成了财产损失。租赁合同一经双方当事人意思表示一致即产生法律效

力，无须租赁物的实际交付，合同即告成立。尽管双方没有订立书面合同，但双方达成明确的意向，吴华承诺自己到达该地后即办理租赁手续和入住该房屋，应视为合同已经成立，被告应承担违约责任，并赔偿损失。

■被告吴华辩称，双方仅有签定租赁合同的意向，但未实际签订合同。钱风要求自己承担违约责任，没有法律依据。钱风在自己未处理好相关事宜的情况下，急于搬迁，造成损失，应当由其自行承担，与自己无关。



【律师点评】

首先，吴华、钱风所协议的租赁合意是否可以看作租赁合同已经成立的问题，取决于对租赁合同诺成性的正确理解。所谓租赁合同的诺成性，即双方当事人意思表示一致，合同即告成立，这是毫无疑问的。但这种意示表示，必须是真实的、双务的。本案中，作为出租人的吴华所作的出租允诺，实际是不诚实而带有欺骗性的，不能认为是真实的意思表示，从这点说，本案的租赁合同未能成立。其次，原、被告之间就租赁物如何交付、租金如何支付等具体内容并未协商一致，不具备合同必要条款，进一步说明租赁合同未成立。既然合同未成立，吴华当然谈不上负担违约责任。

其次，吴华对钱风作出的承诺和达成的订约意向，仅仅是一个邀约邀请行为，不能说明房屋租赁法律关系已经成立。租赁合同中，当事人之间法律关系具有复合性，即债权性和物权性。承租人享有的作为他物权的租赁权产生对抗性的特征，在租赁合同有效期间，出租人不得将该租赁物再租给第三人，即对同一物的同一部分只能设立一个租赁权，否则，出租人的行为对承租人无效。本案中，吴华已将房屋

租赁给李志，只要不出现法定的事由，即不可再租赁给钱风。因此，吴华对钱风的出租要约邀请行为自始就是无效的民事行为。

吴华虽然不承担违约责任，但并不意味着其不负任何法律责任。在本案中，吴华应承担缔约过失责任，赔偿原告的损失，即因无房居住而支出的额外费用。我国《合同法》第42条规定："当事人在订立合同过程中有下列情形之一，给对方造成损失的，应当承担损害赔偿责任：（一）假借订立合同，恶意进行磋商；（二）故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况；（三）有其他违背诚实信用原则的行为。"所谓缔约过失责任是指在合同未成立的情况下，一方当事人在缔约过程中的过失行为致他方承受损失，依法应承担的民事赔偿责任。缔约过失责任是缔结合同过程中产生的民事责任，其所保护的是一种信赖利益。所谓信赖利益也称消极利益，是指无过错合同一方当事人因合同不成立等原因遭受的实际损失，故缔约过失责任仅仅是一种补偿性的司法救济，过错方应承担的是损害赔偿责任。对缔约过失责任的性质，普遍认为：当事人为订立合同在协商之际已由一般的普通关系转入一种特殊的信赖关系，依民法的诚实信用原则，尽管此时合同尚未成立，仍然在当事人之间产生了互相照顾、协调，保护、诚实等附随义务，违反这种义务，即构成缔约上的过失，致使合同不能成立，造成损失的应负赔偿责任。

我国《合同法》第42条对当事人在订立合同过程中有关缔约过失采取列举式：(1) 假借订立合同，恶意进行磋商；(2) 故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或提供虚假情况；(3) 其他违背诚实信用原则的行为。由此不难看出，构成缔约过失责任应同时具备以下条件：(1) 缔约人一方违反附随义务。由于附随这些义务以诚实信用原则为基础，随着债的关系的发展而逐渐产生，而当事人一方假借签订合同，以损害对方利益为目的，恶意磋商，或者以其他违背诚实信用原则的行为损害对方利益的，就违反了附随义务。(2) 缔约对方

当事人受到损失。此处的损失仅指财产损失而不包括精神损害。该损失为信赖利益的损失而非履行利益的损失。其赔偿范围只能是实际受到的损失。(3) 违反先合同一方本身有过错。违反先合同义务与遭受损失之间具有因果关系，即该损失是由违反先合同义务引起的。

在本案中，被告吴华故意隐瞒已与李志签订租赁合同的重要事实，向钱风发出要约邀请，使钱风与之达成租赁意向，钱风对吴华要约邀请所产生的信赖是一种合理信赖，钱风举家搬迁，亦是基于信任吴华的前提，并无轻信之过。尽管钱风与吴华之间达成的仅仅是租赁的合意，双方仍然处于合同的订立阶段，均未受合同的拘束，但是双方显然已形成了一种法律上的联系。鉴于钱风、吴华不是地处同一城市，故本案吴华的过错是显而易见的，因为吴华对钱风隐瞒实情，显然违背了诚实信用原则所产生的附随义务，依据《合同法》第 42 条规定，具有缔约上的过失。钱风要求吴华赔偿损失的请求，于法有据。当然，本案中钱风的请求赔偿范围只是限于实际损失的范围：即因无房居住、暂住旅馆而额外支出的费用。

31. 因出租房屋内空气污染解除合同的，已付租金应否返还？

【案情】

陈明有一套闲置房屋。2007年4月，陈明与周文签订租赁合同，约定：周文承租陈明的闲置房屋，租金为每月2000元，支付方式为季付；租赁期限自2007年6月至2008年6月。合同签订后，周文支付陈明3个月的租金及保证金后入住。2007年7月，周文向消费者协会投诉称，自己承租的房屋内空气质量存在问题，致居住后身体不适，经某研究院对租赁房屋内的空气质量进行检测，结论为：租赁房屋卧室、客厅空气中甲醛浓度不符合GB50325－2001卫生标准。周文要求陈明退还已付租金及保证金并赔偿损失。因陈明不同意，消费者协会于2007年8月出具终止调解书。2007年9月，周文以陈明为被告向法院起诉，要求解除合同，陈明退还租金和保证金、赔偿损失。

【争鸣】

■原告周文诉称，按照合同约定，陈明应将房屋附属生活配套设施在良好的状态下，出租给自己使用。现由于房屋附属生活配套设施造成室内空气甲醛浓度超标，已经违反合同约定，要求陈明退还3个月租金和保证金。

■被告陈明辩称，周文在租房前曾多次实地看房，从未提出过空气质量问题，双方在平等自愿基础上签订租赁合同，是双方当事人

的真实意思表示，应当按照合同履行。陈明要求解除合同和返还保证金，自己表示同意，但合同已经履行的部分不应返还。周文已经居住和使用了房屋，应当支付相应的费用。而且其提前解除合同，给自己造成了损失。因此，不同意返还租金。



【律师点评】

在本案中，出租人交付的房屋存在质量瑕疵，是导致纠纷的原因。所谓瑕疵，一般包括权利瑕疵和物的瑕疵，与本案有关的仅为物的瑕疵，或者称质量瑕疵。《产品质量法》所称的“瑕疵”是指：产品不具备应有的使用性能；产品质量不符合明示的质量状况；产品存在危及人身、财产安全的不合理的危险；产品丧失原有的使用价值。这一表述对物的瑕疵概括得比较全面，对上述几种情形的瑕疵可以从不同角度分为：构成缺陷的瑕疵和一般瑕疵、表面瑕疵和隐蔽瑕疵、明示瑕疵和默示瑕疵。

结合本案来看，出租人交付的房屋存在默示瑕疵、隐蔽瑕疵及构成缺陷的瑕疵。首先，双方的租赁合同中虽然没有房屋空气质量合格的约定，但甲醛超标的房屋并不符合居住使用的条件，长期居住反而会给人的身体健康带来一定危害，这在现代生活中已是一般的生活常识。依照某研究院出具的检测报告，参照国家质量监督检验检疫总局、建设部于2001年11月26日联合发布，并于2002年1月1日起实施，2006年修订的《民用建筑工程室内环境污染控制规范》(GB50325－2001)的规定，出租房屋内甲醛含量超标的事实显而易见。因此该出租房屋存在“默示瑕疵”，并且当事人对此并未做出过免责的约定。其次，该出租房屋存在隐蔽瑕疵。出租人认为，承租人与自己订立合同时曾多次看房，从未提出过空气质量问题，由此订立

的合同是双方的真实意思表示，应当得到履行。出租人这一观点的错误即源于没有认识到本案出租房屋的瑕疵为“隐蔽瑕疵”。对于一般人来说，房屋内空气质量的不合格，属于无法直接感知到的瑕疵。只有经过专业的检测机构、使用专业的检测仪器、运用科学的检测方法，才能够判断空气质量是否符合国家为保护居住人的身体健康而制定的标准。本案承租人也正是在入住使用后身体不适才委托专业机构检测，从而发现了出租房屋的这一隐蔽瑕疵。最后，本案出租房屋存在构成缺陷的瑕疵。由于该瑕疵的存在使合同目的无法实现，并给承租人的身体健康造成了损害。

我国《合同法》第111条规定：“质量不符合约定的，应当按照当事人的约定承担违约责任。对违约责任没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，受损害方根据标的的性质以及损失的大小，可以合理选择要求对方承担修理、更换、重作、退货、减少价款或者报酬等违约责任。”根据《合同法》第61、62条的规定，当事人就质量等内容没有约定或者约定不明确的，可以协议补充；不能达成补充协议的，按照合同有关条款或者交易习惯确定；对质量要求仍不能明确的，按照国家标准、行业标准履行；没有国家标准、行业标准的，按照通常标准或者符合合同目的的特定标准履行。根据本案承租人周文与出租人陈明的约定，租赁房屋的用途是居住使用，陈明应将房屋附属生活配套设施在良好的状态下，出租给周文居住使用。附属生活配套设施的良好这一约定，虽然没有进一步明确包括保证这些设施不污染房屋的空气，但这一内容应当是应有之义。如果将这一条款作为约定不明，本文之前提到的国家标准亦对房屋空气的质量有具体的标准。本案房屋的空气质量不符合该标准，原因是房屋出租人提供了具有瑕疵的房屋（如前论述，该房屋的瑕疵为隐蔽瑕疵、构成缺陷的瑕疵和默示瑕疵），提供房屋的出租人因此即违反了默示担保义务，应当为此承担违约责任。另外，我国《合

同法》第216条规定出租人应当按照约定将租赁物交付承租人，并在租赁期间保持租赁物符合约定的用途。这一法律规定也构成了所有出租人的默示担保义务，一旦违反，即构成违约。

出租人构成违约，承租人可选择请求出租人承担不同的违约责任，例如要求支付违约金、要求减少租金等，直至要求解除合同。本案中，周文在得知租赁房屋内甲醛含量超标的事实后，即向陈明提出要求解除合同，并退还已收取的租金、保证金，但出租人陈明不同意解除合同，周文因此诉至法院。这一过程实质为承租人因出租人的违约而行使单方解除权，出租人对该行为提出异议，承租人因此请求人民法院确认解除合同的效力。承租人这一诉请的请求权基础即是我国《合同法》第94条、第96条之规定。我国《合同法》第94条规定："有下列情形之一的，当事人可以解除合同：（一）因不可抗力致使不能实现合同目的；（二）在履行期限届满之前，当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务；（三）当事人一方迟延履行主要债务，经催告后在合理期限内仍未履行；（四）当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的；（五）法律规定的其他情形。"第96条规定："当事人一方依照本法第九十三条第二款、第九十四条的规定主张解除合同的，应当通知对方。合同自通知到达对方时解除。对方有异议的，可以请求人民法院或者仲裁机构确认解除合同的效力。"《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》第8条规定："因下列情形之一，导致租赁房屋无法使用，承租人请求解除合同的，人民法院应予支持：（一）租赁房屋被司法机关或者行政机关依法查封的；（二）租赁房屋权属有争议的；（三）租赁房屋具有违反法律、行政法规关于房屋使用条件强制性规定情况的。"这些法律规定为当事人行使单方合同解除权赋予了法律依据，同时也设置了相应的限制。

本案情形可以适用《合同法》第94条第4款的规定，因为交付

空气质量不合格的房屋之行为可以认定不能使承租人实现居住房屋的合同目的。考虑到关于租赁合同已有专门的法律规定，也可以适用《合同法》第94条第5款的规定，即当符合法律规定的其他情形时，当事人可以解除合同。这一法律规定，本案中是指《合同法》第233条关于租赁物的明确规定：租赁物危及承租人的安全或者健康的，即使承租人订立合同时明知该租赁物质量不合格，承租人仍然可以随时解除合同。据此，周文作为承租人，可以行使合同的解除权，且对其已通知过陈明这一节事实双方都无异议，因此周文行使解除权的形式也符合了合同法的规定，其诉请应当得到支持。

关于合同的解除是否具有溯及力，历来争论颇多。有人认为合同的解除对已经履行完毕的部分不具有溯及力，有人认为继续性合同中，合同解除不具有溯及力，有人认为合同的解除具有溯及力。我国《合同法》并未一刀切地规定合同解除有无溯及力，而是规定：合同解除后，尚未履行的，终止履行；已经履行的，根据履行情况和合同性质，当事人可以要求恢复原状、采取其他补救措施，并有权要求赔偿损失。

首先，继续性合同中的合同解除不具有溯及力的见解依据不足。有人持继续性合同中的合同解除不具有溯及力的观点，其主要依据为继续性合同多为以使用、收益标的物为目的的合同，这样的合同履行一段时间之后，受领人所享用的标的物之效益无法恢复到合同订立以前的状态。这一理由事实上是对恢复原状的曲解。恢复原状只需使双方当事人的关系恢复到合同订立以前的状态即可，不可能强求一切事物原封不动回到以前的状态。标的物被使用、享用的效益无法原样返还，但可以通过金钱补偿等其他方式达到恢复原状的效果。本案中的租赁合同即属于继续性合同，其是以房屋的使用、收益为合同目的。出租方为履行合同而让渡了房屋使用、收益的效益，承租方为履行合同而支付房租。对于出租方来说，恢复原状即要求其退还承租方交纳

的房租；对于承租方来说，其可以通过以金钱补偿的方式返还其所享用的房屋使用、收益的价值。

其次，合同是否有溯及力，要以尽量保护债权人为重要判断依据。解除合同是非违约方的自我救济权利，因此合同的解除是否有溯及力应当充分考虑怎样更有利于保护非违约方、惩罚违约方。如果认为继续性合同的合同解除一概没有溯及力，将会产生不公平的结果。就如本案的租赁合同，合同履行过程中承租人支付的价款是与合格的标的物的使用价值是相对应的。由于出租人违约（尤其在交付不符合合同约定的租赁物的情况下）导致承租人解除合同，承租人支付的价款与标的物的使用价值不等价，如果不允许合同解除具有溯及既往的效力，则对承租人极不公平，违约的出租方反而因此有不当的获利。本案应当返还租金、保证金并赔偿损失。但鉴于周文已经居住和使用房屋达3个月，在租金当中可以做适当扣除。

32. 在房屋整体出售的情况下，承租人能否对其承租的部分房屋主张优先购买权？

【案情】

甘平是某地居民，在当地城郊拥有一套平房和一个完整的院落。平房共有7间，正房3间，东偏房和西偏房各两间。由于甘平在城里购买了住宅，便将闲置的平房出租。7间平房分别由曹华和张文两家承租。曹华承租正房3间和东偏房两间，张文承租西偏房两间。双方签订了租赁合同。2009年6月，甘平由于急需用钱，打算将平房出售。在未通知张文的情况下，甘平单独和曹华协商，以10万元的价格将平房出售给曹华。双方签订了房屋买卖合同。张文获悉后，要求甘平将自己承租的两间平房以相应的价格出售给自己，遭到甘平的拒绝。双方发生争议，诉至人民法院。

【争鸣】

■原告张文诉称，甘平的平方一套共7间，一直分割为两部分分别由自己和曹华承租。现在甘平拟将平房出售，自己和曹华分别对各自承租的部分享有优先购买权。只有在一方不愿意购买的情况下，另一方才可以购买整套房屋。而甘平在未通知自己的情况下，与曹华单独签订房屋买卖合同，将整套平房出售给曹华，显然侵犯了自己作为承租人享有的优先购买权。请求人民法院确认甘平与曹华的房屋买卖协议部分无效，并要求以相应价格购买自己承租的两间平房。

■被告甘平辩称，曹华承租的5间平房和张文承租的两间属于同

一个院落，构成了一个不可分割的整体。如果人为将其分割后出售，必然会降低房屋的价值。自己和房屋的主要承租人曹华协商出售房屋，并无不当。请求人民法院驳回原告的诉讼请求。

■第三人曹华提出，争议的房屋是一个整体，不能分割出售，否则将降低其使用价值。自己承租了7间平方中的5间，是出租房屋的主要承租人，在优先购买权的序列上应当比原告优先。自己和房主签订房屋买卖合同，并无不当。请求人民法院确认有效。



【律师点评】

本案涉及到房屋承租人的优先购买权问题。所谓房屋的优先购买权，是指房屋承租人在出租人在出卖所租赁房屋时，同等条件下有优先于第三人购买所承租房屋的权利。其法律依据有：1984年最高人民法院《关于贯彻执行民事政策法律若干问题的意见》中规定："房主出卖房屋时在同等条件下原房客优先购买的的权利应予保护。"最高人民法院《关于贯彻执行〈民法通则〉若干意见》第118条规定："出租人出卖出租房屋，应提前三个月通知承租人，承租人在同等条件下，享有优先购买权；出租人未按此规定出卖房屋的承租人可以请求人民法院宣告该房屋买卖无效。"《合同法》第230条规定："出租人出卖租赁房屋的，应当在出卖之前的合理期限内通知承租人，承租人享有以同等条件优先购买的权利。"

房屋优先购买权总的来说具有以下几个特点：（一）承租人的优先购买权是一种法定民事权利，是一种由法律直接创设而能够对抗第三人的民事权利。它并非基于租赁双方当事人协议而产生，也不能由双方当事人协商后事先取消。（二）承租人的优先购买权是一种具有物权性质的请求权，而非纯粹债权性质的请求权。理由主要有：第

一，房屋承租人优先购买权系由法律直接规定的，这与债权纯系当事人自由设定原则不相符合。第二，根据债权相对性原则，纯粹的债权不得对抗第三人，权利人只能获得相应赔偿，而事实上我国的承租人优先购买权是可以对抗第三人的。在出租人违反有关承租人优先购买权的法律规定，擅自将租赁房屋出卖给第三人的，承租人可以据此要求法院宣告该房屋买卖关系无效。第三，通常情况下，纯粹的债权是一种独立的权利，而优先购买权具有附从性，是附从于租赁事实的。所以，我国房屋承租人的优先购买权是一种物权性质的请求权。（三）优先购买权是一种期待权。如果出租人不出卖房屋，则承租人不得以享有优先购买权为理由要求出租人将房屋卖给承租人。只有当房屋出租人出卖房屋时，承租人的优先购买权才可能转变为现实的权利。（四）优先购买权是一种限制权。相对于出租人来讲，承租人的优先购买权其实是对他所有权行使的一种限制。承租人只要在同等条件下行使优先购买权，出租人便不得将房屋卖给第三人。（五）优先购买权是一种可能权。所谓的可能权，是指“权利人依自己的行为而使他人与他人间的法律关系发生变动的权利”。作为优先购买权权利人的承租人可以以自己主张优先购买权的行为而使出租人与第三人之间就租赁房屋形成的房屋买卖关系无效，所以承租人的优先购买权是一种可能权。

就本案而言，房屋承租人张文对于承租房屋具有优先购买权自无异议。《合同法》第230条并没有对承租人享有优先购买权的条件作出限制，也没有在享有优先购买权的承租人之间对实现的顺位作出选择性规定。被告出售房屋前没有通知原告参加竞买，违反了法定的通知义务。事实上，如果通过竞价的方式，房屋可能会卖到更高的价钱。现原告根据《合同法》和有关司法解释，主张被告和第三人侵犯其优先购买权应予支持；第三人主张承租的房屋比原告多，因此优先享有房屋购买权，没有法律依据。

但在房屋存在多个承租人，出租人意欲整体出售，而承租人要求购买自己承租的部分房屋时，应当结合以下因素综合把握：(1) 房屋能否分割。如果不能分割或分割后降低房屋的使用价值，应当允许出租人整体出售。(2) 分割转让是否影响房屋的交易价值。出租人作为所有权人，其利益应受到最大程度的保护，不能因为承租人享有优先权，出租人还要牺牲经济利益去满足之。(3) 即使在承租人不享有优先购买权的情况下，出租人提前通知的义务也不能免除，这是出租人的法定义务。在本案中，争议的房屋共有7间，享有同一个院落，构成了一个完整的整体，如果分割后出售显然会降低房屋的价值，损害出租人的利益。因此，原告要求以相应价格购买自己承租的部分房屋的诉讼请求不能得到支持。本案争议的房屋应当作为一个整体由全部承租人竞价购买。

根据《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》第21条的规定，"出租人出卖租赁房屋未在合理期限内通知承租人或者存在其他侵害承租人优先购买权情形，承租人请求出租人承担赔偿责任的，人民法院应予支持。但请求确认出租人与第三人签订的房屋买卖合同无效的，人民法院不予支持。"因此，在被告与第三人已经签订房屋买卖合同的情况下，原告不能请求确认合同无效，但可以向被告请求赔偿。

33. 部分房屋的承租人对整栋房屋是否享有优先购买权？

【案情】

魏冬在某城市工作。由于单位没有提供宿舍，魏冬租赁了当地居民姜向阳的三居室房屋中的一间居住（姜向阳自用其余的两间）。双方签定了书面的租赁合同，约定：租期1年，自2007年3月至2010年3月；租金每月600元，按季度交纳；承租人不负担水电费、取暖费等其他费用。2009年7月，姜向阳打算出卖该房屋，单位同事李准打算购买。双方经协商后签订了房屋买卖合同。魏冬获悉后认为，姜向阳出卖房屋时未通知自己，侵犯了自己的优先购买权，要求姜向阳解除与李准的房屋买卖合同，自己愿以同等条件购买该房屋，遭到姜向阳的拒绝。双方经协商未果，魏冬向人民法院提起诉讼。

【争鸣】

■ 原告魏冬诉称，根据《合同法》第230条的规定，出租人出卖租赁房屋的，应当在出卖之前的合理期限内通知承租人，承租人享有以同等条件优先购买的权利。优先购买权是法律赋予承租人的优先购买出租房屋的权利。只要出租人出卖的房屋涵盖出租房屋，承租人就享有优先购买权。自己作为姜向阳所有的三居室中部分房屋的承租人，在姜向阳出卖房屋的情况下，享有以同等条件优先购买的权利。姜向阳在未通知自己的情况下，将房屋出卖给他人，违反了法定义务，侵犯了自己的优先购买权。请求人民法院确认姜向阳与李准签订的房屋买卖合同无效，并支持自己以同等条件购买房屋的主张。

被告姜向阳辩称，根据法律规定，出租人出卖出租房屋，承租人才享有优先购买权，承租人的优先购买权仅指租赁物，不能延伸至非租赁物。法律对出租人出卖整栋房屋，而承租人只承租该房屋一部分，承租人是否享有优先购买权没有明确规定，因此，当出租人出卖超出租赁物范围的整栋房屋时，承租人不享有优先购买权。原告魏冬只是租赁整栋房屋的一部分，自己出售的是整栋房屋，魏冬主张优先购买权，没有法律依据。



【律师点评】

《合同法》第230条规定："出租人出卖租赁房屋的，应当在出卖之前的合理期限内通知承租人，承租人享有以同等条件优先购买的权利。"最高人民法院《关于贯彻执行〈民法通则〉若干意见》第118条规定："出租人出卖出租房屋，应提前三个月通知承租人，承租人在同等条件下，享有优先购买权；出租人未按此规定出卖房屋的，承租人可以请求人民法院宣告该房屋买卖无效。"在出租人出卖涵盖出租房屋的整栋房屋时，承租人是否享有优先购买权，取决于整栋房屋与租赁房屋是否可以分割出卖，在可以分割出卖的情况下，出租人是分割出卖，还是整体出卖。如果超出租赁范围的房屋部分与租赁房屋可以分割出卖，出租人是分割出卖房屋，承租人只能就承租的房屋享有优先购买权。因为法律赋予承租人的优先购买权范围仅限于租赁房屋范围，现出租人出卖的房屋又是分割出卖，出租人出卖租赁范围外的房屋，没有法律义务让承租人行使优先购买权，否则，就侵犯了出租人的权利。相反，在此情况下，不让承租人行使超出租赁范围外的房屋优先购买权，也没有侵犯承租人的权利。因为法律赋予承租人的优先购买权权限范围到此为止。如果超出租赁范围的房屋部分

与租赁房屋无法分割出卖，或虽可分割出卖，但出租人不同意分割出卖，要求整体出卖，承租人就整栋房屋享有优先购买权。因为超出部分与租赁部分不可分割，或虽可分割，但出租人不同意分割出卖，要求整体出卖，在此情况下，出租人出卖的房屋涵盖了租赁房屋，其出卖行为直接影响到承租人的利益，必须考虑承租人的优先购买权问题。承租人行使优先购买权的范围虽然超出了租赁范围，但有充分的理由：超出部分与租赁部分房屋连为一体，无法分割，或虽可分割，但因出租人原因，要求整体出卖，均使承租人无法单独行使优先购买权。让承租人行使优先购买权并不影响出租人的利益。反之，不让承租人行使优先购买权，则侵犯了承租人的优先购买权，影响承租人的利益。

承租人的优先购买权是法定的，不因出租人出卖房屋超出承租房屋范围而改变。根据上述法律和司法解释的规定，出租人出卖出租房屋，应当在出卖前的合理期限内，通知承租人，承租人享有以同等条件优先购买的权利。被告方的意见是片面、机械地理解优先购买权的法律规定。只要稍微转换一下出租人出卖整栋房屋的性质审视角度，就会得出承租人是否享有优先购买权的正确结论。出租人超出租赁房屋范围出卖整栋房屋，并未改变出卖租赁房屋的性质，仍然是出卖租赁房屋的行为。因为其出卖的标的物含有租赁物，只是大于租赁物。难道说出租人超出租赁房屋范围出卖整栋房屋，就不是出卖租赁房屋吗？很显然不能得出这个结论。因此，出租人整体出卖出租房屋并未改变其出卖租赁房屋的性质，其要求超范围整体出卖房屋只是其出卖的条件，不能看作改变了出卖标的物。承租人愿不愿意接受整体出卖，是其能否实际行使优先购买权的前提。法律规定承租人的优先购买权不是无条件的，而是有条件的，必须在同等条件下行使。在该案中，具体表现为魏冬是否愿意接受出租人的整体出卖条件，是否愿意以同等价格接受。但这些都属于承租人怎样行使优先购买权的问题，

而不是承租人是否享有优先购买权的问题。承租人的优先购买权首先得由出租人于出卖前合理期限通知后，才能实际开始行使。出租人可明确告知承租人房屋出卖的条件是超范围整体出卖，承租人愿意接受整体出卖条件，承租人即享受优先购买权，不愿接受该条件，承租人则放弃了优先购买权，出租人可依法对外出卖。

出租人整体出卖房屋，承租人行使优先购买权，有利于维护交易秩序的稳定，兼顾出租人和承租人利益，符合优先购买权的立法精神和目的。优先购买权的立法精神和目的就是要赋予承租人在购买承租房屋时的优先性，使出租人和承租人的租赁法律关系不因出租人的出卖行为而受到影响，维护交易秩序的稳定，促进市场经济的发展。出租人出卖租赁房屋，在同等条件下，卖给第三人和卖给承租人，其利益不受任何影响，出租人卖给承租人更有利于保护承租人利益。基于承租人承租出租人房屋的事实前提，故法律规定承租人的优先购买权。出租人整体出卖房屋时，在同等条件下，承租人享有优先购买权，照样对出租人利益不构成影响，相反能兼顾承租人利益，使租赁房屋不因出租人出卖房屋受任何影响，符合优先购买权的立法精神和目的。在本案中，出租房屋整体出卖，出租人应在出卖前3个月通知租赁户。在同等条件下，承租人魏冬享有优先购买权。出租人出卖房屋时，并未通知承租人，侵犯了承租人的优先购买权。根据《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》第21条的规定，“出租人出卖租赁房屋未在合理期限内通知承租人或者存在其他侵害承租人优先购买权情形，承租人请求出租人承担赔偿责任的，人民法院应予支持。但请求确认出租人与第三人签订的房屋买卖合同无效的，人民法院不予支持”。因此，在被告与第三人已经签订房屋买卖合同的情况下，原告不能请求确认合同无效，但可以向被告请求赔偿。

34. 法院能否强制出租人以与第三人同样条件将房屋转让给承租人？

【案情】

罗容是某企业退休职工，有一套闲置的两居室房屋。2006 年 3 月，罗容与郑野签订房屋租赁合同，将两居室房屋出租给郑野，租金每月 1200 元，租期 2 年。2007 年 6 月，罗容打算将房屋出售，原单位同事王海获悉后有意购买。两人经协商，以 30 万元的价格成交，签订了房屋买卖合同。郑野得知租赁的房屋被出售后，也要求购买。罗容认为房屋已经出售，不同意毁约。双方为此发生争议。郑野向人民法院提起诉讼，要求确认罗容与王海的房屋买卖协议无效，并认定自己与罗容的房屋买卖法律关系成立。

【争鸣】

■原告郑野诉称，《合同法》第 230 条规定："出租人出卖租赁房屋的，应当在出卖之前的合理期限内通知承租人，承租人享有以同等条件优先购买的权利。"自己作为承租人，对承租的房屋享有优先购买权。罗容在未征求自己意见的情况下，将房屋出售给他人，侵犯了自己的优先购买权。请求人民法院确认罗容与王海之间的房屋买卖关系无效，并强制罗容以原先出卖给王海的价格（人民币 30 万元）将讼争房屋卖给自己，罗容不得以自己目前暂时不想将房屋出卖为由拒绝将房屋卖给郑野。因为承租人的优先购买权，无论其为法定或约定，论其性质，系属形成权，即优先购买人得依单方之意思，形成与

义务人以与第三人同样条件出卖为内容之契约，无须义务人（出卖人）之承诺。但此项形成权附有条件，即在义务人出卖标的物于第三人时，始得行使。出租人罗容在违背法律有关承租人优先购买权的规定而将自己的房屋卖给王海后，其对讼争房屋的处分权就应当受到限制，正如债权保全中的债权人在行使了撤销权以后，债务人不得再随意处置自己的财产或债权。

■ 被告罗容辩称，不同意将房屋出售给承租人郑野。虽然自己在未通知承租人的情况下将房屋出售，违反了法定义务，但法院不能强制自己将房屋以卖给王海的价格卖给郑野。因为自己与王海之间的房屋买卖关系被确认无效以后，恢复了对讼争房屋的所有权，所有权人对于所有物拥有占有、使用、收益、处分的全面权利。自己作为所有权人不想出卖房屋，郑野自然不能要求法院强制罗容出卖自己的房屋，毕竟郑野的优先购买权是一种债权而不是物权，而且该优先购买权是一种相对于第三人的优先权，而不是优先于所有权人的优先权。另外，民法是私法，强调意思自治，在自己与王海之间的房屋买卖关系被确认无效以后，房屋的所有权重新回归到出租人手中，如果出租人此时不想再把房屋出卖，法院不能强加干涉，强令出租人将房屋卖给承租人郑野。



【律师点评】

行使优先购买权的条件包括：(1) 出租人要将房屋出卖给第三人；(2) 承租人在合理期限内向出租人主张了自己的优先购买权；(3) 必须是与第三人具有同等条件。根据合同法的原理，如果出租人在有出卖房屋的意思，与第三人协商的同时通知承租人的，等于是向承租人发出了要约，承租人向出租人主张的愿意在同等条件下购买

房屋的意思表示显然是一种承诺，这在理论上当无异议。对于出租人未依法履行通知承租人的义务，径行将房屋卖给第三人，而承租人主张优先购买权的，既然法律明确规定了出租人的这项义务，那么出租人在实践中若不作为的，则为了保障该项义务的实现，应当在法律上推定出租人在向第三人发要约的同时也向承租人发了要约，要约的内容就是承租人在与第三人同等条件下是否要购买租赁房屋，承租人获知出租人出卖租赁房屋的事实后向出租人要求以与第三人同等条件购买房屋的意思表示在法律上就是一项承诺。无论在哪种情形下，承租人与出租人之间事实上都已经确立了一种房屋买卖法律关系，出租人必须以“同等条件”将租赁房屋卖给承租人，否则应承担相应的违约责任。

郑野此时享有的优先购买权应当是一种现实的民事权利，而不应当仅仅是宣告权，权利人的权利在此时应当得以实现。法律上规定的承租人优先购买权在出租人没有出卖租赁房屋的意思时是一种期待权，而一旦房屋出租人违反法律有关优先购买权的规定将房屋出卖给第三人时，承租人的优先购买权就应得到实现。在司法实践中，某个具体的承租人对特定的承租房屋所拥有的优先购买权应当是一种具体、现实的民事权利：即出租人以卖给或打算卖给第三人的同等条件(包括价款、价款的支付时间和方式等）将房屋卖给承租人。人民法院审理房屋承租人优先购买权的案件，不能仅是对承租人这种法定权利的确认过程（因为承租人基于租赁房屋的事实对租赁房屋享有优先购买权是法律明确规定的，不需要再通过判决来确认)，还应当是把这种抽象的权利具体化为现实权利的过程。此时承租人不仅有权要求人民法院确认出租人与第三人之间的房屋买卖关系无效，而且可以要求人民法院确认承租人和出租人之间依“同等条件”成立房屋买卖关系。这是承租人在行使物权确认请求权。根据《物权法》第33条的规定，“因物权的归属、内容发生争议的，利害关系人可以请求

确认权利。”发生物权归属及其内容的争议的利害关系人，享有物权确认请求权，亦即发生物权争议的任何一方，都可以行使这个请求权，向法院提起确认物权之诉。物权确认包括对所有权归属的确认和对他物权的确认，也包括对准物权性质的权利的确认，承租人在这里行使的就是对其享有的准物权——优先购买权——的确认请求权。

如果在这种情况下郑野的优先购买权都无法实现，那么房屋承租人优先购买权就变成了一句空话，在绝大多数情况下都不可能变成现实。因为出租人在买卖关系被确认无效以后，在情绪上肯定是与承租人对立的，出租人在通常情况下都不太愿意将房屋出卖给承租人。出租人都可以表示不愿再出卖房屋，然后解除房屋租赁关系，再将房屋出卖。那么承租人的优先购买权就是一张白条：法律上存在而在现实中永远无法实现，它只能破坏出租人与第三人的买卖关系，却无法使承租人获得房屋买卖权。这样的结果，是导致出租人不能按自己意思处置自己的房屋，第三人无法取得自己想要的房产，承租人也无法获得享有优先购买权的房产，使得讼争房屋不能顺利交易（财产不能顺畅流转），既不符合经济效率原则，浪费三方当事人的人力、物力和社会财富，又有违司法两便原则，浪费有限的司法资源。

因此，在本案中，出租人罗容违反法律规定，将租赁房屋擅自出卖给第三人，承租人郑野向人民法院提起诉讼，要求宣告出租人与第三人之间的房屋买卖关系无效，并主张以与出租人出卖给第三人的同等条件购买租赁房屋，人民法院应予支持。人民法院应当判决宣告罗容与王海之间的房屋买卖关系无效，并确认出租人罗容和承租人郑野之间依“同等条件”（即人民币 30 万元的价格）成立房屋买卖法律关系，因为出租人与第三人协商后打算以人民币 30 万元的价格出卖房屋的意思表示事实上也等于向承租人发出了要约，承租人在得知情况以后，向出租人所作的愿以同等条件购买租赁房屋的意思表示就是一种承诺。出租人与承租人双方的房屋买卖法律关系成立。所以，人

民法院只须对这一法律关系予以确认即可。

但人民法院能否强制出租人履行合同义务，将房屋交付给承租人呢？根据现行法律、法规和司法解释的规定，承租人对出租房屋的优先购买权是一种准物权性质的民事权利。对准物权的保护必须要和所有权的保护有所区别。所有权是绝对的权利，在房屋的所有人不愿意履行合同，交付房屋给承租人的情况下，人民法院不宜强制房屋的所有人履行合同义务。优先购买权只是准物权，它不能与所有权等量齐观。在准物权受到不法侵害时，虽然也可以适用物权的保护方法，但在保护强度上，准物权不能凌驾于所有权之上。如果房屋的出租人不愿意履行与承租人之间依法成立的房屋买卖合同，不愿意交付房屋给承租人，则不能以强制履行合同义务的方法实现承租人的优先购买权，而只能要求出租人承担违约责任，给付违约金。这样，承租人的权利得到了有效的保护，出租人违反法律义务的行为受到了制裁，但也没有对出租人的利益造成过分的损害，符合法律的公平原则。

另外，根据2009年出台的《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》第21条的规定："出租人出卖租赁房屋未在合理期限内通知承租人或者存在其他侵害承租人优先购买权情形，承租人请求出租人承担赔偿责任的，人民法院应予支持。但请求确认出租人与第三人签订的房屋买卖合同无效的，人民法院不予支持"。在该司法解释出台后发生的同类纠纷，如果被告与第三人已经签订房屋买卖合同的情况下，原告不能请求确认合同无效，但可以向被告请求赔偿。

35. 出租人转让房屋但未通知承租人的，承租人应在多长时间内主张优先购买权？

【案情】

刘生有一处闲置的房屋。2005 年 6 月，刘生与李进签订了房屋租赁合同，约定：李进租赁刘生的楼房两居室一套，租金每年 15000 元，按年度支付；租期自 2005 年 7 月至 2007 年 7 月。李进交纳了 1 年的租金，刘生将住房交付给其使用。2006 年 3 月，刘生因工作调动至外地，拟将该住房出卖。单位同事孙强有意购买。经双方协商，于 2006 年 4 月签订了房屋买卖合同，孙强以 30 万元的价格购买该房屋。随后，刘生通知李进，该房屋已经出卖，李进可与新房主协商继续租赁事宜。李进表示异议，认为刘生在未通知自己的的情况下将房屋出卖给第三人，侵犯了自己的优先购买权。双方无法协商一致。此后，李进拒绝迁出房屋或向新房主交纳房租。2007 年 10 月，孙强向人民法院提起诉讼，要求李进迁出房屋。李进提出反诉，认为刘生与孙强的房屋买卖法律关系无效，请求人民法院确认自己与刘生同等条件的房屋买卖法律关系成立。

【争鸣】

■ 原告孙强诉称，自己与刘生的房屋买卖关系合法有效。李进非法侵占自己的房产，既不交纳租金，也不腾出房屋，请求人民法院维护自己的财产权益，排除妨碍，判令李进迁出房屋。

■ 被告李进辩称，自己作为争议房屋的承租人，享有房屋的优

先购买权。刘生在未通知自己的情况下将房屋出售给孙强，侵犯了自己的合法权益。请求人民法院确认该房屋买卖法律关系无效，自己要求以同等条件购买该房屋。自己于2006年4月获悉承租房屋出卖给他人，是得知权利侵害之日，由此计算的期间为诉讼时效的期间，而非法定的优先购买权的计算期间。自己在合法权利被侵犯两年内主张权利，未超出诉讼时效。

■ 第三人刘生的代理人提出，优先购买权属形成权，即依单方的意思而无需对方的同意而行使。依其性质应适用除斥期间的规定，而非适用诉讼时效的规定。在法无明文规定的情形下，应类推适用民法关于除斥期间的规定，除斥期间届满其权利绝对消灭。《合同法》第55条、第75条、第192条规定行使撤销权的期间为一年，即“具有撤销权的当事人自知道或者应当知道撤销事由之日起1年内行使”，否则，撤销权消灭，其规范内容即为除斥期间。优先购买权与撤销权同为形成权，应类推适用《合同法》中有关撤销权除斥期间的规定。被告误将形成权当作请求权，适用诉讼时效期间的规定，是错误的。被告在获悉承租房屋出卖后1年零6个月的时间才主张权利，显然远远超出了该权利的除斥期间，优先购买权已经归于消灭。其诉讼请求不能得到支持。



【律师点评】

《合同法》第230条规定：“出租人出卖租赁房屋的，应当在出卖之前的合理期限内通知承租人，承租人享有以同等条件优先购买的权利。”最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见》第118条也规定：“出租人出卖出租房屋，应提前三个月通知承租人，承租人在同等条件下，享有优先购买权；出租人

未按此规定出卖房屋的，承租人可以请求人民法院宣告该房屋买卖无效。”从上述规定看，出租人在出卖租赁房屋时，应提前通知承租人，如果没有通知，就违反了法律规定，构成对承租人优先购买权的侵害，承租人就可以主张买卖合同无效。

但是承租人在什么时间可以主张买卖合同无效，法律没有规定，有人认为承租人随时可以主张买卖合同无效，显然是不妥的，因为如果承租人一直不主张优先购买权，那么买卖合同的效力就一直处于不稳定状态，这样不利于交易秩序的稳定，所以应当确定一个合理的期限，来促使承租人行使权利。超过合理期限，承租人就丧失优先购买权。房屋所有人与买受人买卖租赁房屋没有提前通知承租人，该买卖合同并不是必然无效，只有当承租人在一定的合理期限内主张权利时，才有可能使买卖合同无效。因此，对承租人主张权利的期限必须给予限制，究竟给承租人行使优先购买权的期限为多长，如果以法律关于除斥期间的规定，即一年计算，虽然符合侵权行为诉讼时效的规定，有其合理性，但是时间还是过长，不利于维护交易的稳定，也不利于维护房屋买受人的权利。

根据上述司法解释的规定，虽然买卖出租房屋未通知承租人，但承租人应在知道房屋买卖后的3个月内行使优先购买权的权利，比较合理，也与出卖前3个月通知承租人的规定相吻合。这样，即维护了承租人的权利，也保护了房屋买受人的权利。在本案中，出租人刘生在未通知承租人的情况下将出租房屋出卖给他人，侵犯了承租人的优先购买权。但作为承租人的李进应当在获悉权利被侵害之日起3个月内提起诉讼，主张自己的权利。而其在1年零6个月后才作为被告在反诉中主张优先购买权，显然超出了行使权利的合理期限，优先购买权已经归于消灭。其诉讼请求无法得到支持。李进既不向房主孙强交纳租金，又不腾退房屋，侵犯了所有人的财产权益，人民法院应当依法排除妨碍，判令其腾退房屋。

另外，根据2009年出台的《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》第21条的规定，“出租人出卖租赁房屋未在合理期限内通知承租人或者存在其他侵害承租人优先购买权情形，承租人请求出租人承担赔偿责任的，人民法院应予支持。但请求确认出租人与第三人签订的房屋买卖合同无效的，人民法院不予支持”。在该司法解释出台后发生的同类纠纷，如果被告与第三人已经签订房屋买卖合同的情况下，原告不能请求确认合同无效，但可以向被告请求赔偿。

36. 出租人将房屋优惠卖给友人的，承租人能否主张以同等条件购买？

【案情】

鲁宾有一套闲置的两居室房屋，出租给王辉。余克是鲁宾的多年的朋友，在鲁宾工作和生活上给予了他很多帮助，特别是在鲁宾做生意时，余克借给他10万元作为本钱，未收取任何利息。鲁宾一直希望能够有机会回报。2007年春节前后，余克希望将老家的父母接到本市来居住，并考虑给父母购买房屋，鲁宾主动提出将自己的两居室闲置房屋卖给余克，售价30万元（低于市价20%左右）。2007年8月，双方办理了房产过户手续。随后，鲁宾向王辉提出解除租赁合同，腾退房屋。王辉认为自己作为承租人享有以同等条件优先购买的权利，鲁宾在出卖房屋前未提前通知自己，侵犯了自己的优先购买权，要求以相同价格购买该房屋，遭到鲁宾的拒绝。王辉向人民法院提起诉讼。

【争鸣】

■ 原告王辉诉称，依据《合同法》等法律、法规和最高人民法院司法解释的规定，承租人享有以同等条件优先购买租赁房屋的权利，出租人在出卖房屋之前应当通知承租人。被告在出售房屋前未通知原告，即将房屋转让给他人，侵犯了原告的优先购买权，请求人民法院确认被告与第三人的房屋买卖法律关系无效，并确认原告与被告以同等条件购买该房屋的法律关系成立。如果被告拒绝出卖房屋，应

当承担违约责任。

■被告鲁宾辩称，自己与第三人是多年的朋友，并曾接受其帮助，所以才以低于市场价格的优惠价将房屋出售给第三人。原告要求以相同价格优先购买该房屋，显属不合理要求。如果原告坚持实现其优先购买权，必须以市场价格购买。



【律师点评】

在本案中，原告享有对房屋的优先购买权，被告在出卖房屋前未通知原告，侵犯了原告的优先购买权，这些事实都无争议。问题的关键在于：作为房屋的承租人，原告必须具备同等条件，才能主张优先购买权，要求确认被告与第三人的房屋买卖法律关系无效以及自己与被告的房屋买卖法律关系成立。因此，原告的诉讼请求能否获得支持，取决于其是否具备了与第三人的同等条件。

《合同法》第230条规定："出租人出卖租赁房屋的，应当在出卖之前的合理期限内通知承租人，承租人享有以同等条件优先购买的权利。"优先购买权的行使前提是承租人与其他买受人处于同等条件之下。同等条件是对优先购买权人行使先买权的限制。作出这种限制尊重了作为出卖人的所有人的所有权，不至于因优先购买权的行使，使出卖人的利益遭受损失。由于有同等条件的限制，使出卖人出卖的标的物能够确定出合理的市价，同时，在确立优先购买权以后也并没有剥夺其他人的购买机会。因为其他买受人仍然可以参与购买，如果先买权人不能提供同等条件，则按价高者得的市场原则决定物的归属，因此不违反公平竞争的原则。可以说同等条件是优先购买权行使的前提，也是对其他买受人的保护措施。

同等条件应当主要指的是价格条件，也就是说，优先购买权人支

付的价格应当与其他买受人支付的价格条件相同。同等条件并不要求优先购买权人和出卖人订立的合同与出卖人和他人订立的合同的条款完全相同。至于其他交易条件，只要没有从根本上影响到出卖人的利益，出卖人不能以此作为同等条件。但在财产买卖实践中，还可能出现很多特殊情况，使同等条件的内涵复杂化。例如，在本案中，被告之所以将其房屋以低于市价20%的优惠价格出卖给第三人，是因为其与第三人有着多年的友情，在工作和生活上得到了第三人无私的帮助，特别是在被告做生意时，第三人借给他10万元作为本钱，未收取任何利息。而这些条件都是原告所不具备的。如果原告主张以相同价格优先购买该房屋，与第三人就不是处于同等条件下。从公平合理的角度出发，既维护原告的优先购买权，同时又保护被告和第三人的利益，如果原告要优先购买该房屋，应当以市场价格购买，才能弥补其与第三人之间的条件差异，视为具备了同等条件。

原告要求购买该房屋，主要为了获得同等优惠的价格。鉴于被告与第三人的特殊关系和确立该该优惠价格的前提条件，原告要求以相同价格购买争议房屋，理由不成立。如果原告要主张优先购买权，要求确认被告与第三人房屋买卖法律关系无效以及自己与被告房屋买卖合同成立，就必须以市价购买该房屋。否则，原告不具备实现优先购买权的条件，被告与第三人的房屋买卖法律关系应当予以维持。

另外，2009年出台的《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》第21条规定："出租人出卖租赁房屋未在合理期限内通知承租人或者存在其他侵害承租人优先购买权情形，承租人请求出租人承担赔偿责任的，人民法院应予支持。但请求确认出租人与第三人签订的房屋买卖合同无效的，人民法院不予支持。"第24条规定："具有下列情形之一，承租人主张优先购买房屋的，人民法院不予支持：（一）房屋共有人行使优先购买权的；（二）出租人将房屋出卖给近亲属，包括配偶、父母、子女、兄

弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女的；（三）出租人履行通知义务后，承租人在十五日内未明确表示购买的；（四）第三人善意购买租赁房屋并已经办理登记手续的。”因此，在该司法解释出台后发生的同类纠纷，如果被告与第三人已经签订房屋买卖合同的情况下，原告不能请求确认合同无效，但可以向被告请求赔偿。在善意第三人已经购买房屋并办理过户登记的情况下，承租人无权要求优先购买房屋。

37. 房屋的次承租人是否享有优先购买权?

【案情】

胡军拥有一处闲置的临街店面。2006年3月，经人介绍，胡军与齐民协商签订了房屋租赁合同，约定：齐民租赁胡军的临街店面开办时装店，租金每月3000元，按季度支付；租期3年。但时装店开办后，齐民经营不善，导致亏本。经过协商，在得到胡军允许的情况下，齐民将该店面转租给张和。2007年8月，胡军因病急需用钱，决定转让该店面。经过与张和的协商，双方签订了房屋买卖合同，张和以20万元购买胡军的临街店面。齐民获悉后提出，自己也愿以相同的价格购买该店面，要求胡军解除与张和的房屋买卖合同，遭到拒绝。齐民向人民法院提起诉讼，请求确认胡军与张和的房屋买卖法律关系无效和自己与胡军以同等条件成立的房屋买卖法律关系有效。

【争鸣】

■ 原告齐民诉称，《合同法》第224条规定：“承租人经出租人同意，可以将租赁物转租给第三人，承租人转租的，承租人与出租人之间的租赁合同继续有效，第三人对租赁物造成损失的，承租人应当赔偿损失。”转租是指承租人不退出租赁关系，而将租赁物出租给次承租人使用收益。在转租中，出租人与承租人之间的租赁合同仍然有效，次承租人与出租人之间没有权利义务关系，当因次承租人的原因发生租赁物损害时，出租人有权向承租人要求赔偿，同时次承租人也不能向出租人主张权利，因此，如次承租人不能实现租赁权而遭到损

害时，其只能向承租人请求赔偿，因为次承租人的租赁权是基于承租人的租赁权而产生的。由此可见，次承租人在出租人买卖房屋时不享有优先购买权，当然，在房屋转让后，当原租赁合同未到期时，因原租赁合同继续有效，转租合同也仍然有效，次承租人仍可占有、使用租赁物；但在原租赁合同有效期限届满后，次承租人就不能占有、使用租赁物了。在本案中，自己承租胡军店面期间，经出租人的默示同意，将店面转租给张和。但自己享有诉争店面的优先购买权。胡军在未通知自己的情况下，即与出租店面的次承租人张和签订房屋买卖合同，侵犯了自己的优先购买权，请求确认胡军与张和的出售店面合同无效，同时确认自己与胡军以同等条件的房屋买卖法律关系成立。

■ 被告胡军辩称，齐民已丧失对诉争店面的优先购买权，其要求确认自己与张和出售店面合同无效的请求应予驳回。理由是齐民经出租人的默示同意，将店面转租给张和，即在张和与齐民之间成立了一个新的租赁关系，齐民源于原租赁关系享有的优先购买权已转移至张和享有，故齐民实际上不再享有优先购买权。自己将争议店面出售给实际租赁和使用店面的张和，并不存在侵犯齐民的优先购买权的情况。



【律师点评】

我国法律对承租人将租赁房屋转租后的优先购买权未作明确的规定。我国确立房屋承租人的优先购买权制度的宗旨是：维护承租人在租赁房屋期间形成的依赖关系，特别是居住房屋的依赖关系，体现了社会中的一种基本人权关系；维护承租人对财产的稳定使用的状况，发挥财产利用的最大效能，促进长期投资。承租人对租赁物的使用与收益，形成了与租赁物的依赖关系，而这正是立法赋予承租人优先购

买权藉以稳定承租人与出租人的法律关系、确保承租人对租赁物的依赖从而维护承租人利益的原因所在。

经过出租人的同意的转租受法律的保护，在合法的转租中，承租人将对租赁物的使用收益权转让给次承租人，在使用收益过程中形成的与租赁物的依赖关系也随之转移。为此，法律基于该依赖关系设立的优先购买权应属转租内涵中的应有之义，即承租人在转租房屋的同时，已将房屋的优先购买权一并转移，由次承租人实际享有房屋的优先购买权，承租人不再享有房屋的优先购买权。因此，在本案中，齐民已丧失对诉争店面的优先购买权，因为其原先享有的优先购买权已经随着转租关系的成立而由次承租人张和享有。其要求确认胡军与张和出售店面合同无效的请求应予驳回。

房屋抵押纠纷



38. 到期不能清偿债务即将抵押房屋作价转让给债权人的合同条款是否有效?

【案情】

2007年3月，吕蒙为了做生意，向曹进借款20万元，双方约定：借款期限为半年，以吕蒙哥哥吕生所有的一处房产做抵押。如果吕蒙到期不能清偿债务，即将上述房产作价转让给曹进。2007年9月，债务到期后，吕蒙由于生意失败，无法清偿债务，曹进提出按照合同约定将吕生的房产折价抵债。经估算，该房产市值25万元，曹进将补贴给吕生5万元。但吕生提出，“吕蒙到期不能清偿债务，即将上述房产作价转让给曹进”的合同条款属于法律禁止的流质条款，该条款无效，拒绝履行抵押义务。曹进诉至人民法院。

【争鸣】

■原告曹进诉称，法律虽然禁止债务人不能履行到期债务，抵押物归债权人所有的流质抵押合同，但本案抵押合同中的“作价转让”并不代表所有权转移，只要作价转让是等价交换，使抵押物的价值按照市场价格合理实现，那么该抵押合同就没有违反法律规定。被告的房屋经估算价值25万元，符合市场价格。因此，请求人民法院确认抵押合同有效，判决被告履行合同义务。

■被告吕生辩称，法律禁止“流质”，即抵押合同不得约定债务履行期届满抵押权人未受清偿时，抵押物的所有权转移给债权人所有。而本案的抵押合同恰恰符合上述条款，这说明该抵押合同违反了

法律的禁止性规定，应归于无效。



【律师点评】

《物权法》第186条规定："押权人在债务履行期届满前，不得与抵押人约定债务人不履行到期债务时抵押财产归债权人所有。"抵押人和抵押权人事先约定的在债务清偿期届满而抵押权人未受清偿时，抵押物的所有权移转给抵押权人所有的合同条款，在法律上被称为"流押条款"、"流质条款"或"抵押物代偿条款"。法律禁止流质抵押的目的在于防止债务人因一时急于借款，便以高价的抵押物作为少额债权的担保，到清偿期到来后因不能清偿债务便失去了抵押物的所有权。因为债务人在进行抵押贷款时，往往处于急迫困窘之时，而债权人多会利用这一机会，迫使债务人订立流押条款，以价值非常大的抵押物担保数额较小的债权，而寄希望于债务人到期不能清偿债务，获得抵押物的所有权，在这种情形下，债务人的利益将受到极大的损失，也违反了民法规定的公平、等价有偿的原则。

另外，如果流质条款合法，在抵押人没有足够的财产来满足其他债权人的债权时，抵押人可能会与抵押权人恶意串通，通过签订流质条款这种合法的方式，来逃避其对其他债权人的债务，而这样会给其他债权人造成损害。或者在抵押人不是债务人的情形下，债务人就有可能与债权人串通，债务人到期故意不履行债务从而让债权人取得担保物的所有权，并以此来损害担保设定人的利益，如果债务人的财产不足以偿还债务时，抵押人的利益受到损害的可能将特别大。尤其在我国当前国有经济占有相当大的比重，以国有资产设定抵押的情形极为普遍的形势下，如果允许流押条款，国有企业

的负责人有可能利用这种手段逃避国有资产管理部门的监管，从而造成国有资产的流失。

《担保法》第40条也规定：“订立抵押合同时，抵押权人和抵押人在合同中不得约定在债务履行期届满抵押权人未受清偿时，抵押物的所有权转移为债权人所有。”最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第57条第1款规定：“当事人在抵押合同中约定，债务履行期届满抵押权人未受清偿时，抵押物的所有权转移为债权人所有的内容无效。该内容的无效不影响抵押合同其他部分内容的效力。”下列情形也被认为属于流押条款而无效：在借款合同中约定，如借款人到期不归还借款时，由贷款人自行处置抵押物；或者当事人虽然未在抵押合同中签订流押条款，但在债权已届清偿期前，抵押权人与抵押人订立延期清偿合同，在延期合同中约定如抵押人在延期内仍未清偿债务时抵押物归抵押权人所有或交由抵押权人经营；或者债务人与债权人订立不动产出售合同，但并不转移不动产的占有，仍然由债务人占有不动产，而由债权人将不动产的价款支付给债务人，在合同中约定债务人应当在一定的期限内履行债务以赎回该不动产。

但最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》同时规定：“债务履行期届满后抵押权人未受清偿时，抵押权人和抵押人可以协议以抵押物折价取得抵押物。但是，损害顺序在后的担保物权人和其他债权人利益的，人民法院可以适用合同法第七十四条、第七十五条的有关规定。”（第57条第2款）《担保法》第53条第1款也规定：“债务履行期届满抵押权人未受清偿的，可以与抵押人协议以抵押物折价或者以拍卖、变卖该抵押物所得的价款受偿；协议不成的，抵押权人可以向人民法院提起诉讼。”因为只要抵押物的价值按照市场价格合理折算，抵押权人取得抵押物就不会对债务人、其他债权人和抵押人的利益造成损害。在本案中，吕蒙和曹进

签订的抵押合同中约定：如果吕蒙到期不能清偿债务，即将用于抵押的吕生所有的房产作价转让给曹进。该条款并非属于法律禁止的流押条款。该房产经估算后价值25万元，也符合市场价格，并没有损害抵押人的利益。因此，被告主张抵押合同条款无效于法无据，应当履行合同义务。

39. 开发商办理虚假按揭后又将房屋出售的，购房人能否要求双倍赔偿？

【案情】

某房地产开发公司为了取得银行贷款，采用与本公司员工签订房屋预售合同，并向银行办理按揭的方式，获得了银行的按揭贷款。此后，某房地产开发公司又对外销售已办理虚假按揭的房屋，王同购买了其中一套三居室房屋。2007 年 6 月，开发商按照合同约定将房屋交付给王同，但向其隐瞒了该房屋已经按揭抵押的事实。王同在办理产权登记时才发现房屋登记为他人且已经抵押的事实，房屋产权证无法办理。王同向人民法院起诉要求撤销合同，并要求某房地产开发公司双倍赔偿购房款和其他损失。

【争鸣】

■ 原告王同诉称，被告隐瞒房屋已经预售给第三人并办理了按揭贷款的事实，将其出售给原告，存在欺诈行为，导致原告订立商品房买卖合同的目的无法实现。请求人民法院依法撤销合同，并要求被告双倍赔偿购房款和其他损失。

■ 被告某房地产开发公司辩称，被告虽然未告知该房已经预售给第三人并已办理按揭抵押的事实，但该按揭实为虚假按揭，第三人为被告员工，而非真正的购房人，所以房屋并非真正的“一房二售”，被告已经履行了交付房屋的义务，第三人也不可能与实际买房人争房。至于实际买房人的产权证，只要开发商将银行贷款提前还

完，就可解除抵押登记，从而使后买房的买房人办理产权证的障碍得以消除。因此，开发商不应承担双倍赔偿的民事责任。



【律师点评】

《合同法》第54条第1款规定："一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立的合同，受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销。"在本案中，被告故意隐瞒商品房已经预售给第三人并办理了按揭抵押的事实，与原告订立商品房买卖合同，明显存在欺诈行为。合同不能反映原告的真实意思，应当依法予以撤销。《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第9条规定："出卖人订立商品房买卖合同时，具有下列情形之一，导致合同无效或者被撤销、解除的，买受人可以请求返还已付购房款及利息、赔偿损失，并可以请求出卖人承担不超过已付购房款一倍的赔偿责任：（一）故意隐瞒没有取得商品房预售许可证明的事实或者提供虚假商品房预售许可证明；（二）故意隐瞒所售房屋已经抵押的事实；（三）故意隐瞒所售房屋已经出卖给第三人或者为拆迁补偿安置房屋的事实。"根据上述司法解释的规定，原告有权要求被告双倍返还购房款并赔偿其他损失。

被告提出，其已经将房屋交给原告，原告已经实际控制了该房屋，认为该房屋不是真正的一房二卖，故得出不能双倍赔偿结论，但其忽略所有权的权能除了还有占有、使用外还有收益、处分的权能。原告支付了购买房屋所有权的对价，不可能只得到房屋的使用权。至于第三人不会和原告争夺房屋的主张也只能是一种善意的推测。《物权法》第9条规定："不动产物权的设立、变更、转让和消灭，经依法登记，发生效力；未经登记，不发生效力，但法律另有规定的除

外。”不动产物权的转让以登记为公示方法，在房屋登记机关登记的产权人推定为房屋的所有权人。因此，在房屋交易登记机关已经办理了预售房登记的买房人，在法律上推定其为该房屋的所有权人，其享有对其被登记为产权人的房屋具有占有、使用、收益、处分的权能。本案并不能排除某一天第三人以所有权人的身份向原告行使物权请求权的可能，也不能排除第三人日后将该房屋卖与他人的可能，因此，原告的权利状态处于一种极其危险的境地。

被告欲消除原告取得房屋所有权的法律障碍，并非只是被告所说的由其向银行提前还完贷款，解除抵押就了事了，由于该房屋已经预售登记为他人，从法律的层面上还需由登记的第三人与原告之间达成房屋转让的意思表示，把本来由原告向被告购买商品房的行为变成了原告向第三人购买“二手房”的行为，这需要实际原告与第三人的共同的意思表示一致才行。而非开发商的单方行为就可以达到。因此，原告要求撤销合同并双倍赔偿购房款的诉讼请求应当得到支持，以救济其受损的合法权益。

40. 债务人不修缮抵押房屋的，债权人如何维护自己的利益？

【案情】

谢春有一套修建于20世纪70年代的闲置房屋。2007年3月，谢春以该房屋作抵押，向某银行借款10万元。由于该套房屋已经老化，出现了漏雨、墙壁表层脱落等现象。某银行遂要求谢春加以修缮，保证房屋的完好。谢春接到某银行的通知后迟迟不采取措施。2007年9月，某银行向人民法院提起诉讼。

【争鸣】

■ 原告某银行诉称，被告拒不履行对抵押房屋的修缮义务，导致抵押房屋存在毁损、灭失风险，对抵押权人的利益造成损害。因此，请求人民法院判决被告履行修缮义务。如被告坚持不履行的，原告可以委托第三人进行修缮，但费用由被告承担。

■ 被告谢春辩称，抵押房屋并不存在原告所言的毁损、灭失风险，不同意原告诉讼请求。



【律师点评】

《物权法》第193条规定："抵押人的行为足以使抵押财产价值减少的，抵押权人有权要求抵押人停止其行为。抵押财产价值减少的，抵押权人有权要求恢复抵押财产的价值，或者提供与减少的价值

相应的担保。抵押人不恢复抵押财产的价值也不提供担保的，抵押权人有权要求债务人提前清偿债务。”抵押权设立后，抵押权人并不实际占有抵押财产，抵押财产仍由抵押人占有、使用和收益，在抵押期间，有可能由于抵押人的行为致使抵押财产价值减少，损害抵押权人的利益。抵押人使抵押财产价值减少的行为主要包括两个方面：一是抵押人采取积极的行为致使抵押财产价值减少，如砍伐抵押的林木、拆除抵押的房屋、驾驶抵押的机动车因操作不当造成车辆损坏；二是抵押人消极的不作为致使抵押财产价值减少，如对抵押的危旧房屋不做修缮、对抵押的机动车不进行定期的维修保养、有库房却任由抵押的机器设备在室外风吹雨淋。

抵押权是为抵押权人的利益设定的，当抵押人的行为侵害抵押权人的利益时，应当给予抵押权人保全抵押财产价值、维护抵押担保效力的权利。因此，《物权法》第193条规定：抵押人行为足以使抵押财产价值减少的，抵押权人有权要求抵押人停止其行为，如要求抵押人停止砍伐林木或者拆除房屋，加紧房屋的修缮或对车辆定期保养。抵押人对抵押权人的要求不予理睬、不停止其行为的，抵押权人可以请求人民法院强制抵押人停止其行为。在本案中，被告将房屋抵押后，拒不履行修缮义务，放任房屋漏雨、墙壁脱落等毁损风险扩大，原告请求人民法院判决其其停止消极的不作为，履行修缮义务的诉讼请求，理由成立。人民法院可以判决其履行义务，如果被告仍不履行的，人民法院可以指定第三人进行修缮，费用由被告承担。

但在实践中，很多时候，即便抵押人停止其行为，也已造成抵押财产价值减少，使抵押权人的利益受到损害，对此，抵押权人有权要求抵押人恢复抵押财产的价值，如将破旧的房屋修缮好，将损坏的车辆修理好。抵押财产的价值难以恢复或者恢复的成本过高的，抵押权人也可以要求抵押人提供与减少的价值相应的担保，如抵押人砍伐的林木价值约为10万元，抵押权人有权要求抵押人提供价值相当于10

万元的新的抵押财产或者质押财产，或者由第三人对这10万元的债务提供保证担保。经抵押权人要求，抵押人不恢复抵押财产的价值也不提供担保的，抵押权人为保护自已的利益，防止抵押财产的价值进一步减少，有权要求债务人提前清偿债务。

以上抵押财产价值减少，均是由于抵押数的行为造成的，即只有在抵押人对抵押财产价值减少有过错时，抵押权人才能行使上述权利。那么，在抵押人无过错的猜况下，如因地震、水灾等自然灾害，因失火、被窃等第三人原因致抵押财产价值减少的，如何保护抵押权人的利益呢？对于非可归责于抵押人的原因使得抵押财产价值减少，如果要求抵押人恢抵押财产的原价值或者提供价值相当的担保，对抵押人有失公正。《担保法》第51条第2款规定："抵押人对抵押物价值减少无过错的，抵押权人只能在抵押人因损害而得到的赔偿范围内要求提供担保。抵押物价值未减少的部分，仍作为债权的担保。"这样规定有一定的道理，但要求抵押人在因损害而得到的赔偿范围内再向抵押权人设定两个担保，比较麻烦，如果抵押人没有其他的财产可供担保，还需要考虑如何以抵押人获得的赔偿金等设定担保物权的问题。

《物权法》第174条规定："担保期间，担保财产毁损、灭失或者被征收等，担保物权人可以就获得的保险金、赔偿金或者补偿金等优先受偿。被担保债权的履行期未届满的，也可以提存该保险金、赔偿金或者补偿金等。"赋予抵押权人对因担保财产毁损而获得的保险金、赔偿金等优先受偿或者提存的权利，简化了处理程序，能够更有效地保护抵押权人的利益。当然，此时原抵押财产仍应当作为债权的担保。

41. 期房交付使用前贷款人丧失还款能力的，房产商应否承担连带担保责任？

【案情】

2007年3月，宋希与某房地产开发公司签订了期房买卖合同，双方约定：宋希购买某房地产开发公司开发的一套三居室房屋，房屋于2007年12月交付使用。宋希向某银行申请了按揭贷款，某房地产公司在其取得房产证之前为其提供期间担保。自2006年6月起，宋希因生意失败而丧失了还贷能力。某银行要求某房地产开发公司承担连带担保责任，但某房地产开发公司认为，按照“物保优先于人保”的原则，银行应当先就宋希购买的房产实现抵押权，房产的价值不足清偿债务时，才由开发商承担保证责任。由于开发商拖延履行担保义务，某银行遂向人民法院提起诉讼。

【争鸣】

■原告某银行诉称，按揭贷款中，大量的是期房抵押登记，相对于现房抵押，期房的抵押登记实质上只是一种期权合同登记，不构成“物保”。在按揭贷款特有的融资操作模式下，在宋希取得房产证以前，严格意义上讲，不存在“物保”与“人保”并存的情形，“物保优先于人保”没有客观基础，因而也就不能适用《担保法》关于“物保优先于人保”的规定。房产商应当承担承担连带保证责任。

■被告某房地产开发公司辩称，宋希以所购买的房产设定了抵押，并进行了登记，构成了物的担保。因此依据《担保法》第28条

"物保"优于"人保"的原则，应当先处理宋希的房产还贷，不足的部分再由被告承担连带保证责任。



【律师点评】

《担保法》第28条规定："同一债权既有保证又有物的担保的，保证人对物的担保以外的债权承担保证责任。债权人放弃物的担保的，保证人在债权人放弃权利的范围内免除保证责任。"这就是通常所说的"物保优先于人保"的原则。物的担保是以物担保债务的履行，包括抵押权、质权和留置权；人的担保是以人的信誉担保债务的履行，指担保法规定的保证。在被担保的债权上既有物的担保又有人的担保的情况下，按照《担保法》的上述规定，物的担保优于人的担保，担保权人应当先行使担保物权，保证人只有在物的担保不足以清偿债务时，承担补充责任。也就是说，担保物权人没有权利选择优先行使物的担保或者人的担保，而必须先行使物的担保。《物权法》从有利于保护债权的实现，也尊重债权人意愿的立场出发，对《担保法》的规定进行了完善。

《物权法》第176条规定："被担保的债权既有物的担保又有人的担保的，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现担保物权的情形，债权人应当按照约定实现债权；没有约定或者约定不明确，债务人自己提供物的担保的，债权人应当先就该物的担保实现债权；第三人提供物的担保的，债权人可以就物的担保实现债权，也可以要求保证人承担保证责任。提供担保的第三人承担担保责任后，有权向债务人追偿。"对于物保与人保的关系，按照上述法律规定，分三种情况进行处理：

（一）在当事人对物的担保和人的担保的关系有约定的情况下，

应当尊重当事人的意思，按约定实现。这充分尊重了当事人的意愿。

（二）在没有约定或者约定不明确，债务人自己提供物的担保的情况下，应当先就物的担保实现担保权。因为，如果债权人先行使人的担保，保证人在履行保证责任后，还需要向最终的还债义务人——债务人进行追索。如果担保权人先行使物的担保，就可以避免保证人日后再向债务人行使追索权的烦琐，减少抵押权实现的成本和费用。而且，在债务人自己提供物的担保的情况下，要求保证人先承担保证责任，对保证人也是不公平的。

（三）在没有约定或者约定不明确，第三人提供物的担保，又有人的担保的情况下，应当允许当事人进行选择。这样规定主要是基于以下考虑：在没有约定或者约定不明确，第三人提供物的担保，又有人的担保的情况下，第三人与保证人处于担保人的平等地位，都不是还债的最终义务人，债务人才是最终义务人。因此，债权人无论是先实现物的担保还是先实现人的担保，物的担保人或者保证人都存在向债务人追索的问题。为保障债权人的债权得以充分实现，法律应当尊重债权人的意愿，允许担保权人在这种情况下享有选择权。最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第38条也规定："同一债权既有保证又有第三人提供物的担保的，债权人可以请求保证人或者物的担保人承担担保责任。"

在本案中，涉及到期房按揭贷款，开发商为贷款人提供期间担保，即借款人以所购的住房提供给贷款银行做抵押，在借款人取得该住房的房产证和办妥抵押登记之前，由房产商提供第二重担保，即连带保证责任。贷款人在期房交付使用和办理产权证之前，即开发商担保期间内丧失了还款能力。在这种情况显然不能适用"物保优先于人保"的原则，否则开发商的担保就失去了任何意义。一直以来，我国住房按揭贷款中实行双重担保，即"抵押加保证"。具体做法是：借款人在向房地产开发商购买期房时，向贷款银行提出按揭申

请。在办理完银行各项手续后，房地产开发商在贷款银行发放按揭贷款前办妥为借款人向贷款银行提供期间担保的各项手续。贷款银行按照借款人借款金额的一定比例向房产商提取担保保证金，并划入在该银行开立的“担保保证金专户”内。一旦借款人发生违约情形，贷款人首先有权从该专户中直接扣收保证金，以此作为借款人违约拖欠贷款本息、罚息等的担保。如果保证金不够的，房产商必须继续提供担保。

按揭贷款中，因为是期房，贷款人购买期房与房产商交付合格的现房有一段时间差，这样就出现了一个问题，即在房产商交付合格现房以前，抵押物在实物上和法律上并不存在，“期房抵押”中的抵押与传统意义的抵押是不同的两个概念。对银行而言，承担着一个巨大的法律风险，即抵押物的落空，而这恰恰是由于房产商的因素造成的。因此，作为贷款条件之一，银行在制度和合同的设计中坚持一个前提：要求在完全意义上的抵押物形成之前，即购房者取得房产证以前，房产商必须向银行提供连带保证责任。从房产商的角度而言，为获得银行的资金支持，加速楼盘的销售和及时回笼资金，在与银行的“商品房销售合作协议”中，向银行承诺为购房者提供连带保证责任。这种做法中，获利最多的应该是房产商自己无疑。

从法理上分析，按揭贷款中，在期房分段没有完全意义上的抵押物，从而主张“物保优于人保”缺乏客观基础。买方向银行提供的抵押不是物权的抵押，而是权益的抵押，买方将自己的期待权予以抵押。抵押登记只是预售合同抵押登记，只有买方取得房屋产权证，同时与银行共同办理抵押登记，才是真正的物权抵押。期房按揭抵押的法律性质有别于我国法律规定的抵押担保方式，属于一种特殊的房屋抵押贷款方式。因此，房产商主张“物保优于人保”是没有依据的，应当承担第一顺序的连带还款责任。

42. 未办理抵押登记的，房屋抵押合同是否生效?

【案情】

程远向张立借款10万元，并将其拥有的一套住房抵押给了对方。双方约定：程远到期不能清偿债务时，以变卖该住房的价款偿还债务。但双方未按照法律规定办理抵押登记。2007年8月，债务到期，程远无力清偿，张立遂要求其变卖房产用于还债，遭到程远的拒绝。双方为此发生争议，张立向人民法院提起诉讼。

【争鸣】

■ 原告张立诉称，程远不清偿到期债务，按照双方的合同约定，应当以其房屋变卖抵债。双方签订抵押合同后，被告一直拖延办理抵押登记，违反诚实信用的原则，因此应当确认抵押合同合法有效，原告可以就变卖房屋的价款优先受偿。

■ 被告程远辩称，按照法律规定，房屋抵押合同自登记之日起生效。由于当事人双方未办理抵押登记，抵押合同未生效，原告无权要求被告变卖房产清偿债务。



【律师点评】

财产抵押是重要的民事法律行为，法律除要求设立抵押权要订立书面合同外，还要求对某些财产办理抵押登记，不经抵押登记，抵押权不发生法律效力。抵押登记，便于债权人查看抵押财产的权属关系

以及曾否抵押，以决定是否接受该财产抵押担保，可以使得实现抵押权的顺序清楚、明确，防止纠纷的发生，有利于保护债权人的合法权益，有利于经济活动的正常进行。但依法应当办理登记的抵押未办理登记的，抵押合同是否有效，是一个比较有争议的问题。即便是不同法律条文之间，规定也不尽一致。

《担保法》第41条规定："当事人以本法第四十二条规定的财产抵押的，应当办理抵押物登记，抵押合同自登记之日起生效。"第42条规定："办理抵押物登记的部门如下：（一）以无地上定着物的土地使用权抵押的，为核发土地使用权证书的土地管理部门；（二）以城市房地产或者乡（镇）、村企业的厂房等建筑物抵押的，为县级以上地方人民政府规定的部门；（三）以林木抵押的，为县级以上林木主管部门；（四）以航空器、船舶、车辆抵押的，为运输工具的登记部门；（五）以企业的设备和其他动产抵押的，为财产所在地的工商行政管理部门。"根据上述法律规定，以城市房屋等财产抵押的，如果未办理抵押登记，不仅抵押权不成立，而且抵押合同也未生效，对当事人双方没有约束力。抵押权人不能就抵押财产优先受偿，也不能要求对方承担违约责任。

《物权法》第180条第1款规定："债务人或者第三人有权处分的下列财产可以抵押：（一）建筑物和其他土地附着物；（二）建设用地使用权；（三）以招标、拍卖、公开协商等方式取得的荒地等土地承包经营权；（四）生产设备、原材料、半成品、产品；（五）正在建造的建筑物、船舶、航空器；（六）交通运输工具；（七）法律、行政法规未禁止抵押的其他财产。"第187条规定："以本法第一百八十条第一款第一项至第三项规定的财产或者第五项规定的正在建造的建筑物抵押的，应当办理抵押登记。抵押权自登记时设立。"物权法的规定与担保法的规定就不完全一致。

《物权法》之所以将"抵押合同自登记之日起生效"，修改为：

“抵押权自登记时设立”，主要考虑，抵押合同的订立是以发生物权变动为目的的原因行为，属于债权关系范畴，其成立、生效应当依据合同法确定。抵押权的效力除要求抵押合同合法有效这一要件外，还必须符合《物权法》的公示原则，即不动产物权的登记。将抵押合同的效力和抵押权的效力混为一谈，不利于保护抵押合同当事人的合法权益。比如某甲与某乙订立了房屋抵押合同，但是拖着不与某乙办理抵押登记，随后又将该房屋抵押给了某丙，与某丙办理了抵押登记。根据本条规定，当某甲不履行债务时，由于某丙办理了登记享有抵押权，可以优先受偿，而某乙没有办理登记，不享有抵押权。如果认为不登记抵押合同不发生效力，那么，某乙不仅不能享有抵押权，连追究某甲合同违约责任的权利都丧失了，这不仅对某乙不公平，也会助长恶意损害他人权益的行为，不利于社会经济秩序的维护。因此，物权法有必要区分抵押合同效力和物权变动效力。

在本案中，依据物权法的规定，虽然当事人双方签订的抵押合同未办理登记，抵押权没有设立，原告不能要求变卖被告房屋并优先受偿。但抵押合同本身合法有效，原告可以追究被告拖延办理抵押登记，导致其无法行使抵押权，不能实现合同目的的违约责任。《合同法》第107条规定：“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。”原告可以要求被告采取补救措施，补办抵押登记；如果被告拒不办理的，原告可以请求人民法院强制其履行义务或者要求其赔偿损失。

43. 以同一房屋向数人抵押借款的，到期不能还债时如何清偿？

【案情】

叶衡为经营需要，以自己所有的一套房屋向张华、王洪、曹端3人分别借款50万元、30万元和30万元，叶衡的房屋价值100万元。叶衡与张华的抵押合同于2007年9月办理抵押登记；与王洪的抵押合同于2007年10月办理抵押登记；与曹端的抵押合同未办理抵押登记。不久，叶衡因生意失败，失去偿还能力。4人就债务清偿问题无法协商一致，张华向人民法院提起诉讼。

【争鸣】

■ 原告张华提出，被告以其房屋向原告抵押借款，现失去偿还能力，请求人民法院判决拍卖房屋，原告从价款中优先受偿。

■ 被告叶衡提出，自己目前无力偿还债务，同意拍卖该房屋清偿债务。

■ 第三人王洪、曹端提出，原告与第三人同为债权人和涉案房屋的抵押权人，具有从拍卖房屋所得价款中优先受偿的同等权利，应当按照债权比例对拍卖房屋的价款进行分割。



【律师点评】

《物权法》第199条规定："同一财产向两个以上债权人抵押的，

拍卖、变卖抵押财产所得的价款依照下列规定清偿：（一）抵押权已登记的，按照登记的先后顺序清偿；顺序相同的，按照债权比例清偿；（二）抵押权已登记的先于未登记的受偿；（三）抵押权未登记的，按照债权比例清偿。”《物权法》的规定与此前《担保法》的规定不完全一致。《担保法》第35条规定：“抵押人所担保的债权不得超出其抵押物的价值。财产抵押后，该财产的价值大于所担保债权的余额部分，可以再次抵押，但不得超出其余额部分。”也就是说，只有在抵押财产的价值大于所担保的债权时，抵押人才可以就同一抵押财产向其他的债权人再次抵押，而且向数个债权人抵押担保的债权总额不得超出该抵押财产的价值。例如，如果抵押人以价值100万元的房屋向甲抵押贷款了50万元，那么抵押人还可以向乙抵押贷款20万元，向丙抵押贷款30万元；如果抵押人以该房屋向甲抵押贷款的数额恰好是100万元，那么他就不能以该房屋再向乙和丙抵押贷款了。

《担保法》制定于1995年，当时我国市场经济正处于起步阶段，各种制度和规范还不完善，“三角债”的现象比较严重，社会信用程度比较低。在这种情况下，严格抵押制度，对重复抵押行为即以同一财产向同一债权人或者不同债权人多次抵押的行为，做出上述限制性规定，是非常必要的。但随着近年来我国社会主义市场经济的不断发展和完善，该规定也显示出了一些局限性，主要有：限制了抵押财产的充分利用，没有充分发挥抵押财产的融资作用和担保效益，不利于市场经济条件下债务人对融资的需求；要求被担保债权不超出抵押财产的价值，限制了当事人设定抵押的意愿。债权人是否接受抵押担保，并不完全取决于抵押财产的价值是否大于或者与被担保债权数额相当。债权人还要综合考虑债务人的偿还能力、信用状况以及是否还存在其他担保形式等诸多因素。在某些条件下，即使抵押财产的价值小于被担保债权的数额，债权人仍然愿意接受该抵押担保。例如，甲以价值100万元的房屋向乙抵押贷款50万元后，还希望以该房屋再

向丙抵押贷款60万元。丙经调查发现甲的收入状况和以往的信用记录都比较好，贷款的风险比较小，因此愿意接受该抵押担保，向甲提供贷款。《担保法》的规定限制了债权人的这种意愿。另外，实践中，登记部门往往以《担保法》规定的“抵押人所担保的债权不得超出其抵押物的价值”为由，在办理抵押登记时，强制要求对抵押财产进行评估，有的甚至要求一年评估一次，借评估高收费。强制评估致使很多当事人不去办理抵押登记。

《物权法》没有保留该规定，也就是说，《物权法》不再限制同一财产的重复抵押行为。以同一财产向同一债权人或者不同债权人多次抵押的，抵押人所担保的债权可以超出其抵押财产的价值。数个抵押权依照物权法规定的顺序清偿。是否在同一财产上设定数个抵押，由当事人根据实际情况判断和决定。同一财产向两个以上债权人抵押的，拍卖、变卖抵押财产所得的价款按照以下原则清偿：首先，抵押权已登记的，按照登记的先后顺序清偿；顺序相同的按照债权比例清偿。关于抵押权生效的原则，《物权法》区分不动产和动产抵押，做了不同规定。以建筑物和其他土地附着物、建设用地使用权、荒地的承包经营权和正在建造的建筑物这些不动产抵押的，应当办理抵押登记，抵押权自登记时发生效力（第187条）。以生产设备、原材料、半成品、产品、交通运输工具和正在建造的船舶、飞行器等动产抵押的，抵押权自抵押合同生效时发生效力；未经登记，不得对抗善意第三人（188条）。企业、个体工商户、农业生产经营者以现有的以及将有的生产设备、原材料、半成品和产品这些动产抵押，即以动产设定浮动抵押的，抵押权也自抵押合同生效时发生效力；未经登记，不得对抗善意第三人（第189条）。按照抵押权登记的先后顺序清偿债权的原则，既适用于以登记为抵押权生效要件的不动产抵押，也适用于以登记为抵押权对抗要件的动产抵押，即无论是不动产抵押还是动产抵押，数个抵押权都已登记的，都按照登记的先后顺序清偿。确定

抵押权登记的先后，以登记部门登记材料上记载的登记时间为准。做第一顺序抵押登记的被担保债权，就拍卖、变卖抵押财产的价款优先受偿，处于第二顺序的只能就剩余的部分受偿，依此类推。如果抵押权登记的时间相同，也就是抵押权登记的顺序相同，那么就按照各担保债权的比例来清偿；所占比例大的，多受清偿。

其次，抵押权已登记的先于未登记的受偿。这一原则是针对动产抵押而言的。因为在不动产抵押中，未办理抵押登记的，不发生抵押权的效力，也就不会发生未登记的抵押权与已登记的抵押权之间清偿顺序的问题。根据《物权法》的规定，当事人以动产抵押的，可以自愿办理抵押登记，而不要求必须办理登记。动产抵押权无论是否办理登记都自抵押合同生效时发生效力。但是，当事人是否办理抵押登记，在法律效力上还是有差别的：办理抵押登记的。抵押权人可以对抗第三人；未登记的，不得对抗善意第三人。这样规定主要是因为办理抵押登记的，其他债权人就可以通过查阅登记资料知道该财产已经设定抵押的情况，公示性较强；而没有办理抵押登记的，其他债权人一般很难知道该财产是否已经设定了抵押，所以法律给予已登记的抵押权以特别的保护。在清偿顺序的问题上，抵押权已登记的先于未登记的受偿。

最后，抵押权未登记的，按照债权比例清偿。这一原则也是针对动产抵押而言的。未经登记的动产抵押权不具有对抗善意第三人的效力，因此，在同一抵押财产上设定数个抵押权时，各抵押权人互为第三人，如果每一个抵押权都没有办理登记，那么无论各抵押权设立先后，其相互间均不得对抗。因此，各抵押权人对抵押财产拍卖、变卖所得的价款应当享有同等的权利，按照各债权的比例受清偿。这一原则与《担保法》的规定不同。《担保法》第54条第2项规定：抵押物“未登记的，按照抵押合同生效时间的先后顺序清偿；顺序相同的，按照债权比例清偿。”根据《物权法》第178条“担保法与本法

的规定不一致的，适用本法”的规定，担保法的上述规定不再适用。

在本案中，被告以同一房屋为3个债权提供抵押担保，虽然抵押担保的债权的价值大于抵押物的价值，但并不违反法律规定，抵押合同合法有效。原告与被告的抵押合同办理了登记，抵押权设立，并且先于第三人王洪的登记时间，应当第一顺序受偿。由于抵押房屋价值100万元，原告实现抵押权、优先受偿后剩余价值50万元，由第三人王洪受偿。虽然第三人王洪受偿后抵押物还有20万元剩余价值，但第三人曹端的抵押合同未办理登记，抵押权不发生效力，不能从拍卖抵押房屋剩余的价款中优先受偿，只能通过其他途径要求被告清偿债务或者依据抵押合同的约定，追究被告的违约责任。

44. 抵押出租房屋但未通知承租人的，抵押合同是否有效？

【案情】

关颖与张石订立了一份房屋租赁合同，约定：张石将两间空闲住房租给关颖，租期为3年，每月租金300元。之后，张石因与他人合伙做买卖急需用钱，向孙笑借款20万元。孙笑提出需以张石的上述两间房屋作抵押，张石表示同意。双方订立了书面合同，约定：如果张石两年之后不能还清欠款，则将两间房屋作价转让给孙笑。此后，张石经商亏本，无力偿还欠款，只好将房屋作价30万元转让给孙笑以充抵债务，双方办理了房屋过户手续。张石通知关颖限期搬出。而关颖认为该抵押合同是无效的，因为张石将该房屋抵押时未征得她的同意，同时房屋租赁合同尚未到期，张石也无权解除合同。并表示愿意以市价25万元购买。张石不同意，坚决要求关颖搬出。双方为此发生纠纷，关颖遂起诉至人民法院，请求判令张石和孙笑之间的抵押合同无效，并要求以25万元的价格购买该房屋。

【争鸣】

■原告关颖诉称，张石在将出租房屋抵押时，未按照法律规定书面通知承租人，抵押关系因为违法而归于无效。同时，张石在将房屋转让给孙笑时，未提前通知自己，房屋买卖关系无效。

■被告张石辩称，自己在与孙笑签订抵押借款合同时，虽然没有通知关颖，但按照法律规定，出租房屋抵押后，租赁合同继续有

效，不受抵押权的影响，因此，对关颖的权益并未造成影响。关颖藉此主张抵押关系无效，没有法律依据。关颖作为承租人，主张优先购买权的条件是以同等条件购买房屋，而孙笑以30万元购买房屋，关颖仅出价25万元，不是同等条件，丧失了优先购买权。其要求确认自己与孙笑房屋买卖关系无效、优先购买争议房屋的主张于法无据。



【律师点评】

《担保法》第48条规定："抵押人将已出租的财产抵押的，应当书面告知承租人，原租赁合同继续有效。"根据《担保法》的规定，抵押人对抵押财产的承租人负有书面告之的义务。《物权法》第190条规定："订立抵押合同前抵押财产已出租的，原租赁关系不受该抵押权的影响。"与《担保法》的规定相比较，《物权法》并未要求出租人将已出租的财产抵押时履行书面告知承租人的义务。因为租赁关系已经成立，抵押权不能影响生效在先的承租权，与出租人（抵押人）是否履行告知义务并无关系。

张石没有履行书面告之承租人关颖的义务，是否导致抵押合同无效呢？抵押权设定后并不移转占有，不影响承租人关颖对房屋的占有和使用。即使张石至债务履行期届满不能还债，孙笑也不能侵犯关颖的承租权，而且关颖还可以承租人身份通过主张优先购买权而维护其利益。抵押人未通知承租人，一般不会给承租人造成损害，因此不能据此而否定抵押的效力。

最高人民法院《关于贯彻执行〈民法通则〉若干意见》第118条规定："出租人出卖出租房屋，应提前三个月通知承租人，承租人在同等条件下，享有优先购买权；出租人未按此规定出卖房屋的，承

租人可以请求人民法院宣告该房屋买卖无效。”《合同法》第230条规定：“出租人出卖租赁房屋的，应当在出卖之前的合理期限内通知承租人，承租人享有以同等条件优先购买的权利。”《城市私有房屋管理条例》第11条规定：房屋所有人出卖租出房屋，须提前3个月通知承租人，在同等条件下承租人有优先购买权。

张石在抵押合同中关于作价转让的规定是否侵害了关颖的优先购买权呢？本案中，张石只是约定在两年后不能还清欠款，才将房屋作价转让给孙笑，这一约定只是附条件的规定，条件能否成就，还无法确定，因此抵押合同关于作价转让的规定并不等于实际转让。即使张石和孙笑订立了作价转让房屋的合同，在未登记过户之前，关颖仍可以主张优先购买权。由此可见，抵押合同关于未来作价转让房屋的合同并未侵害承租人的优先购买权。张石和孙笑关于作价转让房屋的抵押合同没有侵害关颖的优先购买权，抵押有效。

张石在债务履行期限届满时无力偿还债务，将房屋作价转让给孙笑，没有在合理期限内通知关颖，按照上述法律规定，似乎侵犯了关颖的优先购买权。但关颖要主张房屋买卖无效，实现优先购买权，必须与其他买受人处于同等条件下。所谓同等条件，主要指价格条件。优先购买人关颖在支付同等价格的条件下，享有优先他人购买房屋的权利。由于张石将房屋作价30万元转让给孙笑，那么，关颖要主张优先购买，也必须以30万元价格购买房屋。而关颖坚持以25万元价格购买该房屋，这显然与孙笑不处于同等条件下，因此关颖也就丧失了优先购买的条件。其要求宣布张石与孙笑抵押合同无效，并以25万元价格购买房屋的主张无法得到人民法院的支持。

《物权法》第190条规定：“订立抵押合同前抵押财产已出租的，原租赁关系不受该抵押权的影响。”最高人民法院《关于适用〈担保

法〉若干问题的解释》第65条规定：抵押人将已出租的财产抵押的，抵押权实现后，租赁合同在有效期内对抵押物的受让人继续有效。按照“买卖不破租赁”的规则，原租赁关系对孙笑依然有效，在租赁期未届满之前，孙笑不得以自己已办理房屋过户手续为由要求关颖搬出。

45. 房屋抵押后出租的，抵押权人取得房屋后应否继续履行租赁合同？

【案情】

王新为经营需要向某银行贷款30万元，并将自有房屋一套作为贷款抵押。由于其到期未清偿银行贷款，经某银行申请，人民法院查封了王新用于贷款抵押担保的房屋，并到当地房地产管理部门办理查封登记手续，通知该机关不予办理该房屋过户手续。此后，王新将该房屋出租给李辉，租赁合同约定：李辉承租王新的三居室楼房一套，租期自2009年6月至2011年6月；租金每月1500元，按半年一次支付。双方到当地房地产管理部门办了登记备案手续。2010年7月，该房屋被人民法院强制执行，过户给某银行。某银行要求李辉腾退房屋，遭到拒绝，向人民法院提起诉讼。

【争鸣】

■ 原告某银行诉称，王新为经营需要向某银行贷款30万元，并将自有房屋一套作为贷款抵押。由于其未能清偿到期贷款，该房屋被人民法院依法查封。在查封期间，王新将房屋出租给他人，签订了房屋租赁合同。承租人应当知道承租房屋被查封的情况而自愿承租，理应承担由此带来的租赁合同无法履行的风险。其与王新签订的房屋租赁合同对某银行没有约束力。请求人民法院判决承租人腾退房屋。

■ 被告李辉辩称，根据《合同法》第229条的规定，“租赁物在租赁期间发生所有权变动的，不影响租赁合同的效力。”依据“买卖

不破租赁”的原则，房屋被过户给某银行后，某银行应当继续履行租赁合同。



【律师点评】

我国法律并未禁止被抵押的房屋经依法查封后不得出租，因此，在本案中，李辉与王新的房屋租赁合同是合法有效的，但是这并不是本案适用“买卖不破租赁”的充分要件。并不是所有有效合同都能得到全面有效的履行。“买卖不破租赁”是债权的一个特例，有其严格的适用条件：（1）就同一标的物上存有买卖合同和租赁合同；（2）买卖合同与租赁合同均有效成立；（3）租赁合同履约在先，亦即出租人将租赁物出租后又将租赁物所有权移转于他人，若出租人在出租租赁物之前已将此物所有权移转于他人则不发生“买卖不破租赁”效果；（4）承租人在同等条件下未主张优先购买权，若承租人主张优先购买权，则取得所有权，亦不发生“买卖不破租赁”。法律承认“买卖不破租赁”原则是对成立在先的承租人租赁权的尊重与保护，承租人凭借其成立在先的租赁权不但可以对抗买卖合同之买受人，而且可以对抗成立在后的抵押权人。但前提是承租人之租赁权先于买受人之所有权、抵押权人之抵押权存在，否则原租赁合同对买受人、抵押权人不具有法律拘束力。

所以，《物权法》第190条规定：“订立抵押合同前抵押财产已出租的，原租赁关系不受该抵押权的影响。抵押权设立后抵押财产出租的，该租赁关系不得对抗已登记的抵押权。”最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》也规定：抵押人将已出租的财产抵押的，抵押权实现后，租赁合同在有效期内对抵押物的受让人继续有效（第65条）；抵押人将已抵押的财产出租的，

抵押权实现后，租赁合同对受让人不具有约束力（第66条）。《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》第20条规定：“租赁房屋在租赁期间发生所有权变动，承租人请求房屋受让人继续履行原租赁合同的，人民法院应予支持。但租赁房屋具有下列情形或者当事人另有约定的除外：（一）房屋在出租前已设立抵押权，因抵押权人实现抵押权发生所有权变动的；（二）房屋在出租前已被人民法院依法查封的。”本案中，王新的房屋被法院查封后自查封之日起王新对该房屋的所有权即受到限制，即不能完全依其自由意志自由地占有、使用、收益、处分，这种效力直到案件执行完毕。法律虽不明文禁止其将房屋出租以获收益，但应当以其查封的财产保证对某银行履行债务，在其未履行债务时法院得以该查封财产折价或变买，强制其履行债务。这就有可能造成王新对李辉违约。也就是说，抵押权的实现不受租赁关系的影响，抵押权人取得房屋后没有继续履行租赁合同的义务。

所谓财产保全效力与租赁效力竞合，指在同一标的上同时存在财产保全和租赁，二者在效力上发生冲突的情形。二者效力发生冲突时如何处理解决，关键看二者哪个成立在先。若租赁先于查封存在，则在债权人依法定程序取得被查封财产所有权后，原租赁契约当然地适用于债权人，对债权人具有法律拘束力。这是因为，承租人在承租时并不能预见到将来租赁物会被查封，他仅能就当时现实的情况作出判断，选择出租人就租赁物缔结租契。这种当事人的自由选择应当得到尊重和保护。在此情形下，债权人所取得之所有权是对负担的所有权，对先已存在的租赁，债权人负有容忍之义务。承租人应当向债权人履行义务，债权人得收取租金，获得相应的补偿。

若租赁后于查封存在，则在债权人依法定程序取得被查封财产所有权后，原租赁契约并不适用于债权人，除非债权人同意（此时应视为一个新的租赁契约成立）。对承租人损失，若承租人知道或应当

知道租赁物已被查封的，则损失由承租人自己负担。这是因为，意思自治是民法中的一项基本理念。所谓意思自治是指当事人按照自己的理性判断去设计自己的生活，管理自己的事务，从积极方面来讲是指自主参与、自主选择，从消极方面来讲指自己承担责任，即自己要为自己的判断、选择负担责任。若承租人知道或应当知道租赁物已被查封却仍然与出租人订立租赁契约，这是他自主选择，其后果与他人无涉，由此带来的风险只能由他自己承受。若承租人不知道或不应当知道租赁物已被查封的，则损失应当在承租人或出租人之间按照双方过错承担相应责任。在此案件中，因李辉的租赁权后于查封事实而存在，因此，不得主张“买卖不破租赁”。因为租赁物为房屋，而房屋则以登记为其公示方式，李辉在缔约时应当知道房屋已被查封的事实，应当知道租约有不能履行的风险却仍然与王新订立租约，这一风险只能由李辉自己承受，其损失也只能由李辉自己负担。

46. 房屋抵押后出租的，承租人是否享有优先购买权？

【案情】

郭勇在某地有一套两居室房屋。2006 年 6 月，郭勇因生意需要，将该套房屋向银行抵押贷款。2007 年 2 月，郭勇将该套房屋又出租给在当地工作的张丽。2007 年 6 月，由于郭勇无法偿还到期贷款，将该套房屋用于抵偿银行债务。2007 年 7 月，银行将该套房屋公开拍卖，被当地居民何劲以 20 万元的价格竞得。张丽获悉后，向郭勇提出自己愿以相同的价格购买该房屋。郭勇则认为该套房屋用于抵偿银行债务，银行已将其公开拍卖，不能满足张丽的要求。张丽向人民法院提起诉讼，请求保护自己对承租房屋的优先购买权。

【争鸣】

■ 原告张丽诉称，自己是争议房屋的承租人。根据《合同法》的规定，出租人在出卖出租房屋时，应当在出卖之前的合理期限内通知承租人，承租人享有以同等条件优先购买的权利。出租人郭勇在未通知自己的情况下，通过拍卖的方式将房屋出售给第三人何劲，侵犯了自己的优先购买权。请求人民法院确认被告与第三人的房屋买卖法律关系无效，并确认自己与出租人郭勇相同价款的房屋买卖法律关系成立。

■ 被告郭勇辩称，出租房屋在出租给原告之前即已设定银行贷款抵押。因自己未清偿到期贷款，该房屋被用于抵债。银行将该房屋拍卖给他人，与自己无关。因此，承租人张丽对出租房屋的优先购买

权不成立，其主张不应得到支持。

■第三人何劲提出，自己是在公开举行的拍卖会上成功竞拍，依合法程序取得了房屋的所有权。该房屋买卖法律关系合法有效，请求人民法院予以确认。

■第三人某银行提出，抵押人郭勇将争议房屋设定贷款抵押，办理了相应的抵押登记手续，后由于不能清偿到期贷款，经与抵押权人协商一致，以抵押物抵偿债务。至此，抵押权人某银行已依法取得相关抵押物的所有权。某银行取得抵押物的所有权后公开拍卖抵押物，是依法行使财产处分权的行为，并无不当。由于抵押权先于租赁关系设立，承租人对承租房屋不享有优先购买权。



【律师点评】

在本案中，承租人的优先购买权和银行作为抵押权人的优先受偿权发生了冲突。所谓承租人的优先购买权，是指公民、法人作为承租人时，如果出租人出卖其出租物，在同等条件下，承租人享有的优先于第三人购买的权利。《合同法》第230条规定："出租人出卖租赁房屋的，应当在出卖之前的合理期限内通知承租人，承租人享有以同等条件优先购买的权利。"所谓抵押权人的优先受偿权，是指抵押权人就债务人提供的抵押物，在债务人届期不能清偿债务时，抵押权人可以从债务人提供的担保物中优先受清偿的权利。《物权法》第179条规定："为担保债务的履行，债务人或者第三人不转移财产的占有，将该财产抵押给债权人的，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形，债权人有权就该财产优先受偿。"

承租人的优先购买权与抵押权人的优先受偿权有下列共同点：(1) 皆具有法定性。(2) 皆具有物权性质。(3) 皆为优先权。当法

定情形出现时，优先权人均可依法行使优先请求权。(4) 皆具有从属性。承租人的优先购买权以承租权为前提，承租权消灭，优先购买权随之消灭；抵押权人的优先受偿权基于债权而存在，债权转移或消灭，优先受偿权随之转移或消灭。(5) 皆为期待权。无论优先购买权，还是优先受偿权，其成立以后是否实现，必须期待一定的条件。优先购买权期待的条件是：出租人出卖出租物，承租人与第三人具有同等资质且所给出的价款与第三人相同。优先受偿权期待的条件是：债权已到期，债务人未履行或未完全履行债务。

二者的区别是：(1) 承租人的优先购买权由法律直接授予承租人，即租赁合同一旦成立，该购买权即告成立；而抵押权人的优先受偿权并非由法律授予债权人，只有当债务人以财产提供抵押担保时，债权人方取得优先受偿权。(2) 承租人的优先购买权具有可分性。即承租人根据出租人出卖出租物的不同情形，既可整体优先购买租赁物，也可部分购买租赁物。抵押权人的优先受偿权具有不可分性，在抵押物部分灭失时，其余部分仍担保债权的全部；抵押物分割属于数人时，其分割的各部分仍担保债权的全部。(3) 优先购买权不具有物上代位性，当租赁物转变为其他价值形态时，优先购买权不复存在；优先受偿权则不同，抵押物变化为其他价值形态，如因毁损取得赔偿金、因公益事业征用而取得补偿金时，优先受偿权人仍然得就该变化的形态行使受偿权。

之所以会出现承租人的优先购买权与抵押权人的优先受偿权并存的情形，是因为同一财产上租赁权与抵押权人出现了并存现象。由于抵押权所追求的是标的物的交换价值，不要求转移抵押物的占有，租赁权所追求的是标的物的使用价值，要求转移标的物的占有。这样抵押权和租赁权可能并存于同一财产上。由于两种优先权均具有法定性、从属性、期待性、物权性，其实现的顺位原则上应依成立的时间先后顺序而定。法律之所以赋予承租人在同等条件下对抗第三人的优

先购买权，其目的是减少买卖纠纷，减少交易风险，减少交易社会成本，便于房屋的占有、管理和使用，发挥其最大的使用价值。法律赋予抵押权人的是从抵押物的交换价值优先受偿债权的权利，而不是对抵押物的所有权。因此只要承租人的出价与抵押权人出价相同，抵押权人就只能从抵押物的交换价值清偿自己的债权。所以承租人的优先购买权和抵押权人行使自己的优先受偿权并不冲突。

然而，这只是当同一财产上租赁权先于抵押权设立的情形。当抵押权先于租赁权设立时，情形又有所不同。最高人民法院《关于适用〈担保法〉若干问题的解释》第66条规定："抵押人将已抵押的财产出租的，抵押权实现后，租赁合同对受让人不具有约束力。抵押人将已抵押的财产出租时，如果抵押人未书面告知承租人财产已抵押的，抵押人对出租抵押物造成承租人的损失承担赔偿责任；如果抵押人已书面告知承租人该财产已抵押的，抵押权实现造成承租人的损失，由承租人自己承担。"《物权法》第190条也规定："订立抵押合同前抵押财产已出租的，原租赁关系不受该抵押权的影响。抵押权设立后抵押财产出租的，该租赁关系不得对抗已登记的抵押权。"

抵押权人的优先受偿权实际上不是单一的权利，它包含次序权、标的物交付权和受偿权。次序权和标的物交付权属清偿处分权，为物权；而受偿权属债权。由于抵押权人既是担保物权人，又是债权人，因此其优先受偿的过程，实际是担保物权人向债权人交付标的物的过程。而承租人的优先购买权亦非单一的权利，分为占有权和购买权，占有权为物权，购买权为债权。根据物权优于债权的原则，两种优先权中的债权并无先后之分，但后成立的占有权显然不应优于先成立的清偿处分权。从法律原理上看，承租人之所以在与第三人同等条件下可以取得优先购买权，就是因为与第三人可能享有的债权相比，承租人还享有占有、使用等物权，其在购买上的优先权不言而喻。但与先成立的优先受偿权相比，承租人对租赁物的占有、使用、管理明显存

在着风险，因为抵押权人对承租人来讲，不是仅可能享有债权的第三人，而是享有对租赁物“清偿处分权”的“第二人”。除非出租人将租赁物卖给抵押权人以外的第三人，否则，其优先购买权无法从期待权变成既得权。换言之，只有在租赁物出租时未设定抵押权的情况下，承租人的优先购买权才是完全的；而在抵押物上设置的承租权，承租人的优先购买权将会因抵押权人行使优先受偿权而归于消灭。故最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》规定，当承租人知道或应当知道租赁物上存在抵押权时，“抵押权实现造成承租人的损失，由承租人自己承担”（第66条第2款）。

在本案中，抵押人郭勇以争议房屋为银行借款设定抵押后，又办理了相应的抵押登记手续，其抵押依法成立，抵押权人某银行自此时起享有对抵押物的优先受偿权。后因其不能清偿到期借款，以抵押物抵偿债务。至此，抵押权人某银行已依法取得抵押物的所有权，亦即实现了其优先受偿权，后于此权设立的优先购买权因受偿权的实现而告消灭。某银行在取得抵押物的所有权后委托拍卖行拍卖，属依法行使所有权的行为，与原债务人（即房屋出租人）无关，何劲在拍卖会上竞拍成功，其行为合法。张丽依据已经归于消灭的优先购买权主张二被告之间并不存在的买卖行为无效，显然与担保法解释相悖，故应驳回其诉讼请求。

2009年出台的《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》第22条规定：“出租人与抵押权人协议折价、变卖租赁房屋偿还债务，应当在合理期限内通知承租人。承租人请求以同等条件优先购买房屋的，人民法院应予支持。”第23条规定：“出租人委托拍卖人拍卖租赁房屋，应当在拍卖5日前通知承租人。承租人未参加拍卖的，人民法院应当认定承租人放弃优先购买权。”在本案中，抵押权人就抵押物优先受偿后进行拍卖，不属于上述司法解释规定的情况，原告不能主张优先购买权。

房屋装修纠纷



47. 装修企业存在欺诈行为的，消费者能否要求双倍赔偿?

【案情】

关丽用多年的积蓄购买了一套两居室房屋。在装修的问题上，她也费了很大的心思，千挑万选，最终选中了一家装修公司。装修公司的工作人员向其承诺：以市场最低的价格，提供市场最好的服务。工作人员的诚恳态度和专业形象以及该公司打在报纸上的大幅广告让关丽下定了决定。在与该公司签订装修合同、开始施工后，关丽逐渐发现了问题：施工人员根本没有经过专业培训，完全是在街上临时雇佣的装修工人；装修质量低劣、野蛮施工，给房子留下了安全隐患；装修材料以次充好、偷工减料、虚报价格，比市场价格高出近50%。为此，关丽与某装修公司发生纠纷，经协商无法解决，向法院提起诉讼。

【争鸣】

■ 原告关丽诉称，被告在宣传中虚假承诺，误导消费者，装修施工中以次充好、偷工减料、虚报价格、牟取暴利，违反了装修合同的约定，请求人民法院判决其双倍返还装修款并赔偿损失。

■ 被告某装修公司辩称，被告按照装修合同履行义务，并无欺诈行为。装修合同已经履行，原告无正当理由要求解除合同并双倍返还购房款的诉讼请求，理由不成立。



【律师点评】

最高人民法院《关于贯彻执行〈民法通则〉若干问题的意见》第68条规定："一方当事人故意告知对方虚假情况或者故意隐瞒真实情况，诱使对方当事人作出错误的意思表示的，可以认定为欺诈行为。"所谓欺诈，法律上是指一方当事人故意告知对方虚假情况，或者故意隐瞒真实情况，诱使对方做出错误意思表示的行为。构成欺诈行为，必须具备三个条件：第一，经营者主观上有欺诈的故意。这里的故意是以当事人对真实情况的明知为前提的，既包括故意告知虚假情况，也包括故意隐瞒真实情况。第二，一方欺诈的目的是诱使对方实施民事法律行为。第三，对方当事人因欺诈才做出错误的意思表示，也就是说，当事人做出的意思表示是因一方当事人提供的情况不真实所致，如果对方当事人知道真实情况就不会做出。《欺诈消费者行为处罚办法》第2条规定："本办法所称欺诈消费者行为，是指经营者在提供商品（以下所称商品包括服务）或者服务中，采取虚假或者其他不正当手段欺骗、误导消费者，使消费者的合法权益受到损害的行为。"

《消费者权益保护法》等法律规定：经营者在提供商品和服务的过程中有欺诈行为的，应当双倍赔偿消费者的损失。如：《消费者权益保护法》第49条规定："经营者提供商品或者服务有欺诈行为的，应当按照消费者的要求增加赔偿其受到的损失，增加赔偿的金额为消费者购买商品的价款或者接受服务的费用的一倍。"《合同法》第113条第2款规定："经营者对消费者提供商品或者服务有欺诈行为的，依照《中华人民共和国消费者权益保护法》的规定承担损害赔偿责任。"《欺诈消费者行为处罚办法》第6条规定："经营者提供商品或者服务有欺诈行为的，应按照消费者的要求增加赔偿其受到的损失，

增加赔偿的金额为消费者购买商品的价款或者接受服务的费用的一倍。”

装修者是消费者，装修公司进行装修提供的是一种服务，因此住宅装修也是一种消费行为，也应当适用《消费者权益保护法》、《合同法》、《欺诈消费者行为处罚办法》有关双倍赔偿的相关规定。房屋装修是一项综合整体工程，由地砖、地板、屋顶、墙面、水电气、洁具、灯具等多种项目组成，具有专业性和知识性，消费者在装修过程中常常会遭遇到价格、品牌、质量方面的欺诈。在本案中，被告通过广告和销售人员进行虚假宣传，欺骗消费者；在实际施工中，雇佣没有经过专业培训的装修工人，装修质量低劣、野蛮施工，给房子留下了安全隐患；装修材料以次充好、偷工减料、虚报价格，比市场价格高出近50%。因此，可以认定装修公司存在欺诈消费者行为，对其适用惩罚性赔偿，即按照提供服务的费用（装修价款）的一倍给予赔偿。

48. 在使用他人房屋时加以装修的，腾退时能否要求补偿？

【案情】

高明有一套三居室房屋，交由其弟高亮居住使用。为方便使用，高亮对房屋进行了简单装修，安装了壁橱并铺了地板。2007年8月，高明的儿子准备结婚，遂要求高亮腾空房屋。高亮提出，对于自己安壁橱和铺地板的投入，高明应当给予补偿。高明则认为，高亮自行装修房屋，双方并没有约定腾退房屋时的装修补偿问题，而且高亮一直是无偿使用该房屋，现要求补偿无理无据，加以拒绝。高亮诉至人民法院。

【争鸣】

■ 原告高亮诉称，原告经被告同意对房屋进行装修，对于原告的装修投入，被告应当给予适当补偿，否则即构成“不当得利”。依据《民法通则》第92条的规定，没有合法根据，取得不当利益，造成他人损失的，应当将取得的不当利益返还受损失的人。请求人民法院判决被告补偿原告损失。

■ 被告高明辩称，当事人双方并没有关于装修补偿问题的事先约定。同时，原告属于无偿使用房屋，从公平合理的角度，其要求补偿的请求理由不成立。



【律师点评】

本案涉及的是添附物的所有权归属及其补偿问题。一般认为，添附是指附合、混合和加工三者的统称。所谓附合，是指两个或两个以上分属于不同的所有人所有的物，其他物附合在另一物之上，而成为该物的组成部分且无法分离，或者分离后将大大降低其价值的财产结合状态；所谓混合，是指两个或两个以上分属于不同的所有人所有的物，相互混杂，致使不能或难以相分离的一种财产结合状态；所谓加工，是指对由他人提供的财产进行加工改造，使之符合约定的条件或者提高物品的价值。

《物权法》规定："本法所称物，包括不动产和动产。"（第2条第2款前半段）物可分为动产、不动产，添附物也就有动产与不动产的附合、动产与不动产的附合、不动产与不动产的附合。动产与动产的附合，是指两项动产附合在一起。例如：将他人的轮胎安装在自己的自行车上，将一人的宝石镶在另一人的戒指上。动产与动产附合时，应由主物的所有人或者价值大的物的所有人取得合成物的所有权。若相附合的两物不能区分主从，或者在价值上相等，则合成物应为原各物的所有人共有。

不动产与不动产的附合，是指一不动产附合于他不动产上合成一物。然而，不动产与不动产的附合，在我国基本上不会发生。在我国，因为土地上建筑物的建造须经一定程序批准，并以取得土地使用权为前提条件，如没有取得土地使用权，则也不能取得建筑物的所有权。在建筑物上增建建筑物，如经有关部门批准，建造人可以单独取得所有权，则不发生附合；如未经有关部门批准，则建筑人不能取得建筑物的所有权，因此在增建的建筑物上不发生权利。在这种情形下，应看作是动产（建筑材料）与不动产的附合。可见，在他人所

有或者使用的土地上建造房屋的，建造人并不能取得建筑物的产权。所以，不难看出，装修应当属于添附的一种，即动产和不动产的附合。如果装潢材料被拆下，其价值和使用价值几近于零。

不论为何种情形的添附，均为使原物的形态发生变化而成为新物，并且增加了物的经济价值。在此种情形下，若不能恢复原状，或虽可恢复原状但在经济上是不便利、不合算的，因而不应恢复原状，而由一方当事人取得新形成的物的所有权。如果是动产附合于不动产，则由不动产人取得包括动产在内的财产的所有权；如果是动产附合于另一动产，则由主物的所有人取得全部的财产所有权。例如某装潢公司自行购买了材料为某大厦进行装潢，工程结束后，它取得的只能是债权，即向大厦（或合同相对方）索要装修价款的权利，而不能是大厦内的装潢设施的物权。

添附的结果，使一方所有权扩大，而另一方所有权丧失，此虽在社会经济方面看是必要的，但在当事人方面说，对于丧失所有权的一方却是不公平的，因此，从公平的原则出发，因添附而受到损失的一方当事人得要求获得利益的一方返还其所得的利益。当事人得就添附的权利归属进行协商。若当事人对物的权利归属协商一致，自应按其协商一致的意见确定添附物的所有权归属。但若当事人不能协商一致时，则应依据添附的具体情况来确定添附物的所有权归属。

所以，最高人民法院《关于贯彻〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见》进一步规定："非产权人在使用他人的财产上增添附属物，财产所有人同意增添，并就财产返还时附属物如何处理有约定的，按约定办理；没有约定又协商不成，能够拆除的，可以责令拆除；不能拆除的，也可以折价归财产所有人，造成财产所有人损失的，应当负赔偿责任。"（第 86 条）至于添附物价值的具体折算方法，只能由法官根据个案特点，从公平的角度出发，兼顾双方的利益，作具体适当的裁量。

在本案中，原告经被告同意对房屋进行装修，当然当事人双方并未就装修补偿问题进行明确约定，但由于壁橱、地板等一旦拆除，将严重损坏其价值，所以，该添附物的所有权应当归房屋的所有人，即被告。由被告给予原告适当补偿。考虑到原告无偿使用房屋以及装修物的折旧等问题，应当从公平合理的原则出发，确定补偿金额，而不能按照原告的装修投入来进行补偿。

至于被告取得装修物是否构成不当得利、原告能否依据《民法通则》关于不当得利的规定请求被告返还利益的问题。确有类似看法，认为在发生添附时，虽出于避免经济上浪费的考虑，得由一方当事人取得因附合、混合、加工而形成的物的所有权，但该当事人并没有因此而取得较之原所有权更大的利益的根据，丧失所有权的当事人一方也没有失去其利益的根据，并且所有权扩大的一方取得利益与所有权丧失的一方的利益受损失之间是有因果关系的。因此，双方当事人之间形成不当得利之债的关系，受损失的一方有权请求得到利益的一方返还其所得的利益。

但所谓不当得利，是指没有合法的根据（一般指既无法律规定，也无合同约定的情形），使他人受损而使自己获益的行为。而现实生活中，发生添附者，多为当事人之间有过约定。所以，将之界定为不当得利似属牵强。另外，按不当得利处理，由取得添附的不动产所有人按照原动产价值返还给另一方，而不考虑其他因素，则会加重不动产所有人的负担，对其亦不公平。例如乙承租甲的房屋开饭店并装潢，但不久门前即遭市政建设改造，致使该房根本无法经营餐饮业，如一律折价给甲，对甲显然不公。当然，如果不给予乙一定的补偿，则对乙也不公平。因此，取得添附物所有权的人对原所有权人的补偿不宜适用不当得利的规定。作为一种求偿权，在法律无明确规定的情况下，只能依据法律原则，通过法官的自由裁量来实现该权利。

49. 在装修过程中拆除承重墙并改变管道铺设路线的，相邻业主能否制止？

【案情】

王好购买了一套商品房。在搬入该房屋不久，王好即发现房屋的墙壁出现裂缝，水管也有漏水的问题。经多方查找原因，王好发现问题出在楼上。原来，楼上住户蒋寿在装修房屋时，敲掉了承重墙、改变了建筑结构，还改变了原来的水管铺设路线。经过专业机构的检测，鉴定为蒋寿对房屋的改造和装修行为与王好房屋的受损存在因果关系，而且损害可能进一步扩大。王好与蒋寿进行协商，要求其恢复房屋原有的建筑结构和管道铺设路线，避免损害扩大和危及房屋安全，遭到蒋寿的拒绝，遂向人民法院提起诉讼。

【争鸣】

■ 原告王好提出，被告的装修行为违反国家强制性法律规范，给建筑物的安全和原告的财产造成了损害，请求人民法院判决其停止侵害、消除危险并赔偿原告的损失。

■ 被告蒋寿提出，被告的装修行为与原告房屋出现的问题没有因果关系，未妨害原告权益，不同意原告的诉讼请求。



【律师点评】

《物权法》第91条规定："不动产权利人挖掘土地、建造建筑

物、铺设管线以及安装设备等，不得危及相邻不动产的安全。”根据上述法律规定，不动产权利人在建设、施工等行为时，负有不得危及邻居土地或房屋安全的义务。这里的不动产权利人既包括所有权人，也包括使用人。人们在自己的土地上、房屋内施工或建设时，应当采取必要的措施，以防给邻居的土地、房屋造成危险，例如在自己的土地上埋水管、挖地窖时，应当预防土沙的崩溃、污水渗漏等事件的发生，以免危及相邻土地的地基安全。此外，人们在自己的土地、房屋范围内的行为方式，不限于法律所规定的挖掘土地、建造建筑物、铺设管线以及安装设备，其他只要是对土地、房屋等不动产进行营建的行为，都应包括在内。如为地里的庄稼浇水、装修房屋等。

权利人没有遵守此项义务，危及邻居土地或房屋等安全的，相邻的居民有权要求其采取一定措施。如果自己的邻居在建造或者装修时，没有采取一定的预防措施，而使自己的土地或房屋安全受到威胁，居民可以要求对方停止施工、消除危险或者采取其他的必要措施。如果自己的财产或人身因此受到损害，还可以要求对方赔偿。首先，这种危险应该是由于对方的施工、建设行为引起的。其次，危及的是自己与对方相邻的土地、房屋等不动产的安全。再次，这种危险必须客观存在，并可能引起更严重的损害后果，如地基动摇、墙壁出现裂缝、房顶渗水等。此外，对方的行为只要危及了自己的土地、房屋等相邻的不动产，不管其是故意还是过失不小心造成的，都要采取措施进行补救。

根据《住宅室内装饰装修管理办法》的规定，住宅室内装饰装修活动，禁止下列行为：（一）未经原设计单位或者具有相应资质等级的设计单位提出设计方案，变动建筑主体和承重结构；（二）将没有防水要求的房间或者阳台改为卫生间、厨房间；（三）扩大承重墙上原有的门窗尺寸，拆除连接阳台的砖、混凝土墙体；（四）损坏房屋原有节能设施，降低节能效果；（五）其他影响建筑结构和使用安

全的行为。（第5条）装修人从事住宅室内装饰装修活动，未经批准，不得有下列行为：（一）搭建建筑物、构筑物；（二）改变住宅外立面，在非承重外墙上开门、窗；（三）拆改供暖管道和设施；（四）拆改燃气管道和设施。（第6条）这里所说的建筑主体，是指建筑实体的结构构造，包括屋盖、楼盖、梁、柱、支撑、墙体、连接接点和基础等；承重结构，是指直接将本身自重与各种外加作用力系统地传递给基础地基的主要结构构件和其连接接点，包括承重墙体、立杆、柱、框架柱、支墩、楼板、梁、屋架、悬索等。

在本案中，原告和被告是上下楼邻居关系，为了原告房屋的居住质量和安全，被告应在装修时承担一定的义务，避免使原告的房屋产生危险。但被告不仅没有尽到应有的注意义务，反而敲掉承重墙，改变墙体结构以及水管的铺设线路，损害了原告房屋的居住质量并危及了房屋的安全，因此，应当承担相应的法律责任。同时，被告的行为也违反了法律的强制性规定。因此，原告应该立即消除危险，恢复建筑结构原状，并且赔偿原告遭受的经济损失。

50. 装修材料甲醛超标的，装修公司应否赔偿？

【案情】

刘元购买了一套两居室，并与某装修公司签订了房屋装修合同。双方约定：某装修公司负责对刘元的住房进行室内装修；所需材料由某装修公司购置，但必须经刘元验收同意后方可使用。2007年8月，装修工程完工，刘元验收后与某装修公司结算了工程款。此后，因住房内留有刺鼻气味并且长期不消散，刘元委托有关机构进行检测，检测结论为：室内的异味是由装修材料挥发出的游离甲醛严重超标造成的。因与某装修公司就装修质量问题协商未果，刘元向当地人民法院提起诉讼。

【争鸣】

■原告刘元诉称，自己与某装修公司签订的装修合同是当事人双方的真实意思表示，合法有效。合同约定，装修工程所需材料由某装修公司购买，因此，某装修公司应当对装修材料的质量问题负责。现在，自己的房屋因装修材料释放出的甲醛浓度超过国家规定的标准，导致该房屋无法正常使用和居住，某装修公司应当承担违约责任，对工程不合格部分进行返工。同时，因某装修公司在为其住房装修的过程中使用的材料引起室内甲醛严重超标，导致房屋无法正常居住，给自己造成了财产损失和精神痛苦，请求人民法院依法判决某装修公司清除污染源，赔偿经济损失和精神损害。

■被告某装修公司辩称，当事人双方在装修合同中明确约定：

某装修公司负责购置装修材料，但必须经刘元验收同意后方可投入使用。因此，装修材料出现的质量问题和造成的损害后果应当由刘元自行负责，与某装修公司无关。



【律师点评】

在本案中，当事人双方在装修合同中没有明确约定装修工程的质量标准，但根据合同目的，装修后的房屋至少应当具备包括空气条件在内的居住条件。而某装修公司所使用的装修材料挥发的甲醛气体严重超标，使刘元的房屋无法正常地居住和使用，这样的装修质量显然没有达到符合装修合同目的的质量标准。因此，可以认定某装修公司的装修工作存在质量瑕疵。刘元作为家庭装修的定作人，是一名普通的消费者，在对某装修公司购置的装修材料进行验收时，仅能尽到一般的注意义务，即进行外观质量上的把关，但某装修公司作为装修工作的承揽人，具备一定的专业知识，应当对其交付的工作成果承担产品质量瑕疵担保责任，即应保证装修后的房屋具备包括空气条件在内的正常居住条件。

《合同法》第262条规定："承揽人交付的工作成果不符合质量要求的，定作人可以要求承揽人承担修理、重作、减少报酬、赔偿损失等违约责任。"《住宅室内装饰装修管理办法》第29条规定："装修人委托企业对住宅室内进行装饰装修的，装饰装修工程竣工后，空气质量应当符合国家有关标准。装修人可以委托有资格的检测单位对空气质量进行检测。检测不合格的，装饰装修企业应当返工，并由责任人承担相应损失。"根据上述法律规定，承揽人承担瑕疵担保责任的形式主要有修理、重作、减少报酬、赔偿损失等。工作成果有轻微瑕疵的，定作人可以要求承揽人进行修理，使工作成果符合质量标

准；工作成果有严重瑕疵的，定作人可以要求承揽人重做；工作成果有瑕疵，但定作人同意利用的，可以按质论价，减少报酬；工作成果不符合质量标准，给定作人造成人身或财产损害的，定作人有权要求承揽人赔偿因此而造成的损失。在本案中，某装修公司交付的装修工作成果由于装修材料释放的甲醛气体严重超标，存在严重的质量缺陷，房屋无法正常地居住使用，给刘元造成了财产损失，刘元不仅可以要求某装修公司重新装修，还可以要求其承担赔偿责任。

某公司作为装修工程的承揽人，还应当对装修材料存在的质量缺陷承担产品质量侵权责任。产品责任是一种特殊的侵权责任，即在产品存在质量缺陷并造成损害的情况下，由产品的制造者和销售者承担的责任。在本案中，某装修公司从市场上购买装修材料用于装修工程，并将相应的费用计算在工程造价之内，其地位相当于该装修材料的销售者，可以作为产品质量侵权责任的主体。根据《产品质量法》第46条的规定，所谓产品质量缺陷，是指产品存在危及人身、他人财产安全的不合理的危险；产品有保障人体健康和人身、财产安全的国家标准、行业标准的，是指不符合该标准。在本案中，某装修公司使用的装修材料经有关机构鉴定，游离甲醛严重超标，足以证明该装修材料存在质量缺陷，并可能危及房屋使用人的人身安全。因此，某装修公司的行为符合侵权行为构成要件，应当承担产品质量侵权责任。

综上所述，在本案中，某装修公司承担的责任，既符合侵权责任的构成要件，也符合违约责任的构成要件。《合同法》第122条规定："因当事人一方的违约行为，侵害对方人身、财产权益的，受损害方有权选择依照本法要求其承担违约责任或者依照其他法律要求其承担侵权责任。"根据上述法律规定，刘元具有选择权，可以依据装修合同而要求某装修公司承担违约责任，也可以根据产品质量方面的法律规定而要求某装修公司承担产品质量侵权责任。违约责任和侵权

责任在归责原则、责任范围和具有请求权的主体等方面均存在差别。如违约责任通常适用过错推定责任原则或者严格责任原则，而侵权责任则适用过错责任原则，对某些特殊侵权行为则适用严格责任；违约责任通常是财产损失的赔偿责任，一般不包括精神损害赔偿，侵权责任则不仅包括财产损失的赔偿，还包括人身伤害和精神损害的赔偿；要求对方承担违约责任的权利人必须是合同的当事人，而要求致害人承担侵权责任的则不限于侵权行为的直接受害人，还包括其他利害关系人。

在本案中，刘元在起诉时认为：某装修公司在为其住房装修的过程中使用的材料引起室内甲醛严重超标，无法正常居住，给自己造成了财产损失和精神痛苦，请求人民法院依法判决某装修公司清除污染源，赔偿经济损失和精神损害。因此，其提起的显然是侵权之诉，要求某装修公司对其使用的装修材料的质量缺陷承担侵权责任。某装修公司不仅应当清除污染源，重新装修，还应当承担因其装修工作存在质量缺陷而给刘元造成损害的赔偿责任。

51. 房屋装修导致健康受损，能否请求精神损害赔偿?

【案情】

章勤喜因准备结婚委托一家装修公司对其新房进行装修，由装修公司包工包料。2007年9月底房屋装修完工后，章勤喜将房内窗户打开通风一个多月。2007年10月章勤喜和苏盈二人喜结良缘，结婚后他们住进了新装修的房子。入住不久，他们感觉难以入睡、头痛、疲劳并经常感冒，而且室内总有一种刺鼻的味道。几个月后，苏盈到妇幼保健院就诊后，证实怀孕，但怀孕后不久苏盈经常觉得肚子疼，经B超检查，诊断胎儿未见胎芽。20天之后，胎儿流产。医生称可能与甲醛有关。流产后，苏盈遵医嘱在家修养15日，至此，二人被迫另行租房居住。二人在外居住期间，请室内环境检测中心对新房的装修进行检测，检测结果表明室内游离甲醛浓度超标。为此，章勤喜和苏盈将装修公司告上法庭，要求装修公司对室内装修材料予以拆除；一次性返还装修费用；支付医疗费、误工费、检测费、租房费，并支付精神损害赔偿金。

【争鸣】

■ 原告章勤喜和苏盈诉称，房屋装修造成室内空气甲醛浓度超标，损害了他们的身体健康，并造成了严重后果，这种身体上的伤害同时给其带来了精神上的巨大痛苦，因此装修公司应当给予精神损害赔偿。

■ 被告装修公司辩称，房屋主人因甲醛浓度超标造成身体健康

损害，应当给予相应的赔偿，但这种赔偿不应当包括精神损害赔偿。



【律师点评】

健康是指人体的各种生理机能的正常运转，没有任何障碍。与此相对应，健康权就是指保护自身生理机能的正常运作，保障自身生理功能的完善发挥并防止非法侵害的权利。健康权以生理机能和功能的正常为内容，而不是以身体或者生命安全为内容。侵害健康权包括一切使人的生理机能正常运作和功能完全发挥受到损害的行为，侵害健康权的民事责任由以下几点构成：(1) 违法行为，包括作为和不作为。(2) 损害事实，包括健康受到损害的事实，健康受损导致的受害人财产上的损失，受害人的精神痛苦和精神利益的丧失等。(3) 因果关系，损害健康的违法行为和健康受到损害以及由此导致的财产损失和精神损害之间存在必然的联系。同时满足以上三点，可以认定构成对健康权的侵害。本案中装修公司使用了不合格的装修材料装修章勤喜夫妇的住房，是一种作为的违法行为，章勤喜夫妇在其住房中生活了几个月后健康状况恶化，并导致了苏盈流产的严重后果，并且装修公司的这种违法行为和健康受到严重损害之间存在因果关系。因此，可以认定装修公司承担损害健康权的民事责任。

最高人民法院《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》第1条规定："自然人因下列人格权利遭受非法侵害，向人民法院起诉请求赔偿精神损害的，人民法院应当依法予以受理：(一) 生命权、健康权、身体权；(二) 姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权；(三) 人格尊严权、人身自由权。"据此，自然人的健康权

受到侵害可以请求精神损害赔偿。本案中装修公司使用不合格装修材料，造成章勤喜夫妇的住房内空气甲醛浓度严重超标，导致其身体健康受到损害并造成胎儿流产的严重后果，给他们原本甜蜜、幸福的新婚生活带来极大的痛苦和伤害，并对他们以后怀孕蒙上阴影，造成生理上的障碍和心理上的恐慌。装修公司对此应依法承担精神损害的赔偿责任。

52. 从事家庭装修并按天领取报酬，发生损害能否要求业主赔偿？

【案情】

2007年8月，周平应顾同要求到其家中做工，为顾同安装天花板和地板。双方约定：顾同按照做工天数向周平支付报酬，工钱为每天50元；周平自备工具。几天后，周平在对一块木板实施切割的过程中，被木板中飞溅出来的铁钉刺伤眼睛，造成经济损失计8000余元。周平诉至法院，要求顾同赔偿其经济损失。

【争鸣】

■ 原告周平诉称，自己受顾同雇佣为其做装修，提供劳务，顾同按做工天数支付报酬，两者之间属于雇佣关系。自己在从事雇佣活动过程中遭受人身损害，顾同应承担赔偿责任。

■ 被告顾同辩称，自己与周平之间是加工承揽合同关系。因为周平按照自己的定作要求搞家庭装修，其利用自己掌握的手艺自主安排工作，且具有一定的技术含量，属于交付劳动成果；自己按周平交付的劳动成果来给付报酬，是一种加工承揽关系。周平在加工承揽工作中造成自身损害，自己作为定作人不负赔偿责任。



【律师点评】

最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题

的解释》第9条规定："雇员在从事雇佣活动中致人损害的，雇主应当承担赔偿责任；雇员因故意或者重大过失致人损害的，应当与雇主承担连带赔偿责任。雇主承担连带赔偿责任的，可以向雇员追偿"；第10条规定："承揽人在完成工作过程中对第三人造成损害或者造成自身损害的，定作人不承担赔偿责任。但定作人对定作、指示或者选任有过失的，应当承担相应的赔偿责任。"在不同的法律关系下，雇主和定作人承担的法律责任差异很大。因此，当事人双方争议的焦点就是双方究竟为雇佣关系还是承揽关系。

雇佣关系是指受雇用人在一定或不特定的期间内，从事雇主授权或者指示范围内的生产经营活动或者其他劳务活动，雇用人接受受雇用人提供的劳务并按约定给付报酬的权利义务关系。承揽关系是承揽人按照定作人的要求完成工作，交付工作成果，定作人给付报酬的权利义务关系。雇用关系中雇主与雇员之间的地位是不平等的，双方之间具有支配与服从的关系，雇用人必须为受雇人提供合理的劳动条件和安全保障，同时对其工作进行监督管理，受雇人则需听从雇用人的安排，按其意志提供劳务；承揽合同关系中双方当事人的地位是平等的，不存在支配与服从的关系，在劳动中承揽人一般是自行决定自己的操作规程和劳动过程，不受定作人的组织指挥和监督管理，承揽人在完成工作中具有独立性。

雇佣关系中，雇工所付出的主要是劳动力，当然也包含一定的技术成果，但通常其技术含量比较低，其报酬成分也比较单一，仅仅包括劳动力的价值。雇主享有雇工劳动的一切成果，这种成果不是雇主付酬的直接对象。而在加工承揽关系中，承揽人所付出的主要是一定技术成果，其次才是一定的劳动力；承揽事项应具有特殊性，它一般需要具备相应的设备条件，蕴涵一定的技术成分，为此，《合同法》规定承揽事项，包括加工、定作、修理、复制、测试、检验等相类似的工作，其报酬不同于一般劳务关系中的报酬，不仅仅包含劳动力的

价值，还应当含有技术成分的价值以及一定的利润成分，即定作人接受承揽人物化的劳动成果，该成果是定作人付酬的直接对象。

在本案中，周平是在不特定的期间内，按照顾同的要求，为顾同提供安装天花板和地板等特定劳务，虽然周平是自己准备工具，所提供的劳务也具有一定的技术含量，但顾同是按照周平的做工天数，以每天50元的工钱支付报酬，做多少天支付多少天的工钱，完全是支付劳动力报酬的方式，而不是以劳动成果作为支付报酬的直接对象。周平并没有享有劳务报酬之外的额外利益，且顾同在一定程度上对周平的工作内容、工作进度行使着管理和指挥职能，其工作性质也没有特定的人身依附性。故本案中当事人之间应属于雇佣关系，适用有关雇佣关系的法律规定。

53. 为同居女友装修房屋的，分手后能否要求返还装修款？

【案情】

路安和郭丽于2005年建立恋爱关系并开始同居生活。2006年8月，双方对郭丽拥有所有权的两间平房进行装修以备结婚之用，装修款由双方平摊。2007年4月，双方因性格不和结束恋爱关系，路安要求郭丽返还房屋装修款。郭丽认为路安的出资属于赠与，不同意返还。双方为此发生争执。路安遂起诉至人民法院，请求法院判令郭丽返还房屋装修款。

【争鸣】

■ 原告路安诉称，原告的装修出资行为是附条件的民事法律行为，以婚后使用该房屋为条件，后来因双方的恋爱关系终止，原告与被告结婚并使用该房屋的条件未成就。因此，原告出资装修房屋的附条件赠与行为未生效，被告应当返还房屋装修款。

■ 被告郭丽辩称，原告是在恋爱期间自愿为其装修房屋，属于赠与行为。被告作为房屋的所有权人，自动获得装修部分的所有权。因此，原告路安无权要求被告返还房屋装修款。



【律师点评】

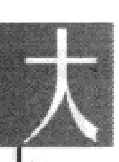
《民法通则》第62条规定："民事法律行为可以附条件，附条件的民事法律行为在符合所附条件时生效。"最高人民法院

《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见》第75条规定："当事人约定以将来可能发生的合法事实的成就或不成就来作为民事法律行为生效条件的，是附条件的民事法律行为。"附条件的民事法律行为是指当事人在意思表示中附设条款指明一定条件，把条件的成就（发生或出现）与否作为民事法律行为效力发生或终止的根据。以条件成就的法律效力不同为区别标准，可将附条件分为延缓条件和解除条件。延缓条件是指民事法律行为效力的发生决定于所付条件的成就，待所附条件成就后民事法律行为才开始生效；解除条件是指决定民事法律行为效力是否终止的条件。

在本案中，原告出资装修房屋的动机是与被告结婚后使用该房，但是双方最终终止了恋爱关系，结婚事实未能发生。如果双方结婚，那么原告也就必然使用该房，不存在所谓要求被告返还房屋装修款的主张。由此可以看出，原告出资装修被告拥有所有权的房屋属于附延缓条件的赠与，即以与被告结婚使用该房的事实发生，作为其出资款所有权无偿地转移给房屋所有权人，即被告的条件。原告和被告结婚使用该房是所附的延缓条件，待附条件成就后，原告出资装修房屋的赠与行为才开始生效。而原告和被告终止了恋爱关系，也就不可能存在双方结婚使用该房的事实。因此，双方所附的延缓条件不成就，原告的赠与行为应当认定为未生效。因此，原告有权收回出资款。

此案还涉及到房屋的添附问题。最高人民法院《关于贯彻执行〈民法通则〉若干问题的意见》第86条规定：非产权人在使用他人的财产上增添附属物，财产所有人同意增添，并就财产返还时附属物如何处理有约定的，按约定处理；没有约定又协商不成，能够拆除的，可以责令拆除；不能拆除的，也可以折价归财产所有人；造成财产所有人损失的，应当负赔偿责任。原告的出资已经作为装修部分附

着于该房屋之上，形成了附合情形的添附现象，该房屋因此形态发生变化。房屋的装修是很难拆除的，一旦拆除将损害其价值，装修施工过程中投入的人工也被浪费，所以，为了返还出资款而拆除房屋装修，明显有悖于经济合理原则。因此，被告应当直接将出资款返还给原告。



54. 装修工在新房中自缢，房主能否获得精神损害赔偿?

【案情】

2007年5月某日，姚陆龙为结婚用购得某地商品房一套。购房后姚陆龙委托某装潢有限公司对该房装饰装潢，并签订合同约定由某装潢有限公司部分承包施工。在合同履行期间的同年10月5日，姚陆龙、某装潢有限公司人员共同前往装修施工现场，发现某装潢有限公司为姚陆龙住房进行油漆施工的员工崔某，已自缢身亡于姚陆龙的住房客厅。经警方勘验确认，死者身旁放有一本迷信书刊，自缢身亡已有一周左右。事件发生后，姚陆龙以该房已无法用于婚房及目睹现场惨状造成精神上恐惧、焦虑等刺激为由，要求某装潢有限公司给予赔偿。双方虽为解决该事件善后事宜多次协商，但因赔偿数额等问题差距过大，未能达成协议。为此姚陆龙诉诸法院，请求判令某装潢有限公司承担侵权损害赔偿责任，赔偿购房、装潢等经济损失并赔偿精神损害赔偿金。

【争鸣】

■原告姚陆龙诉称，公民的生命健康包括肌体健康和精神健康，被告疏于管理造成原告精神上的伤害，故此侵犯了原告的身体健康权，应当赔偿购房、装潢等经济损失，并承担精神损害赔偿50000元。

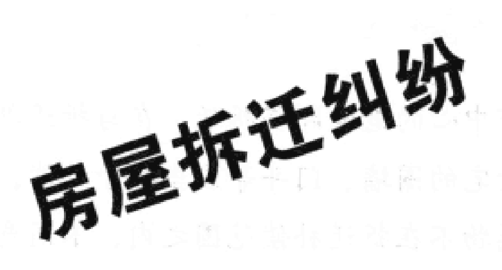
■被告装潢有限公司辩称，公司本身并无过错，错在公司员工崔某自身，因此，公司不应承担精神损害赔偿责任。



【律师点评】

本案中，原告姚陆龙提出的损害赔偿，系以侵权法律关系为诉因提出的请求。因此，赔偿请求成立的前提条件，是姚陆龙的合法财产或人身因某装潢有限公司的侵权行为而遭受损害。姚陆龙的房屋作为不动产，其价值取决于房屋本身的位置、面积、朝向、环境等综合因素，房屋内是否曾经发生过人员死亡事件，与房屋的使用和价值并无必然联系。由于侵权损害赔偿以实际损害为前提，在姚陆龙未能证实财产已受损害的情况下，要求某装潢有限公司给予赔偿，不应予以支持。

但是，由于崔某的自缢身亡事件发生在姚陆龙的住房内，姚陆龙作为该房的使用人，其目睹该事件现场后所产生的恐惧、焦虑、忧郁等生理反应与精神痛苦，显然会对保持自身人格权利带来不利后果。因此，姚陆龙要求精神抚慰金来弥补自己的精神创伤，于法有据，应予支持。鉴于精神损害赔偿抚慰金的数额既与侵权行为的后果相对应，又与侵权人过错相适应，故以此衡量姚陆龙诉请的50000元精神损害赔偿金明显偏高，难以全部支持。某装潢有限公司承包装潢姚陆龙住所，在房屋装潢竣工交付前，负有妥善管理装潢施工人员与施工现场的义务。由于某装潢有限公司没有尽到管理责任，致使员工崔某得以在施工现场自缢并给姚陆龙造成一定的精神损害，对此，某装潢有限公司明显有过错，应依法承担相应的民事责任。


房屋拆迁纠纷



55. 房屋的附属物应否纳入拆迁补偿范围?

【案情】

毛盛有一处位于市中心的老宅即将拆迁。在与拆迁单位协商的过程中，毛盛提出对于老宅的围墙、门斗等应当给予补偿，但拆迁单位认为，上述房屋的附属物不在拆迁补偿范围之内，不同意补偿。双方为此发生争议，无法达成协议。2011 年 5 月，当事人双方申请行政裁决。裁决机关认为，上述建筑物的附属物是否在拆迁补偿范围之内，法律没有明确的规定。拆迁单位不予补偿，并无不当。毛盛对行政裁决不服，向人民法院提起行政诉讼。

【争鸣】

■ 原告毛盛诉称，按照法律规定，房屋的附属物不作产权调换，由拆迁人给予货币补偿。原告被拆迁房屋的围墙、门斗等显然属于房屋的附属物，应当纳入拆迁补偿范围。

■ 被告行政裁决机关辩称，原告要求将围墙、门斗等纳入拆迁补偿范围，没有明确法律依据，行政裁决应当予以维持。



【律师点评】

伴随着城市化建设的深入与旧城改造步伐的加快，势必要进行大量的房屋拆迁。由于城市房屋拆迁关系到千家万户的切身利益，如果处理不好极易引发大量纠纷，影响经济的发展和社会的稳定。造成拆

迁纠纷的原因有很多：一些地方不顾当地经济实力，盲目大拆大建，群众不能及时回迁；有些地方不按规定，擅自降低拆迁补偿标准、违法违规强制拆迁；一些拆迁单位服务意识差、拆迁程序不规范，侵犯被拆迁人的合法权益，而拆迁管理部门又不认真听取拆迁人的意见，不及时处理拆迁当事人之间的纠纷，导致矛盾激化等。

因此，《物权法》对此作出明确规定："为了公共利益的需要，依照法律规定的权限和程序可以征收集体所有的土地和单位、个人的房屋及其他不动产"（第42条第1款）；"征收单位、个人的房屋及其他不动产，应当依法给予拆迁补偿，维护被征收人的合法权益；征收个人住宅的，还应当保障被征收人的居住条件"（第42条第3款）；"任何单位和个人不得贪污、挪用、私分、截留、拖欠征收补偿费等费用"（第42条第4款）。《城市房地产管理法》第6条规定："为了公共利益的需要，国家可以征收国有土地上单位和个人的房屋，并依法给予拆迁补偿，维护被征收人的合法权益；征收个人住宅的，还应当保障被征收人的居住条件。具体办法由国务院规定。"依据《国有土地上房屋征收与补偿条例》的规定，拆迁补偿的方式包括货币补偿和房屋产权调换两种。

（一）货币补偿。即拆迁人将被拆除房屋的价值，以货币结算方式补偿给被拆除房屋的所有人。需要特别说明的是"区位"，即某一房屋的地理位置，主要是在城市或区域中的地位。由于房地产的位置不可移动，区位对房地产价值的决定作用是极其重要的。比如，同样是80平方米的一套居室，在市中心与市郊的价值显然是不同的。

除了区位、用途和建筑面积应考虑外，还应该考虑被拆迁房屋的新旧程度、结构形式、使用率、楼层等，这些因素对于评估一座房屋的价值也起着重要的作用。比如，一座房屋比较新、建筑结构与室内布局合理、不在顶层或底层、南北朝向等，那么房屋价值相对较高，反之则较低一些。由于我国地域广阔，各地情况差异较大，内地与沿

海地区、北部与南部经济发展水平不同，因此，现行法律也只是规定了货币补偿应当遵循的基本原则。对具体如何补偿及评估办法等未做规定，是授权各省、自治区、直辖市根据各地的具体情况做出规定。这样既照顾了各地的实际情况，又有利于法律的实施。

（二）产权调换。《国有土地上房屋征收与补偿条例》第21条规定："被征收人选择房屋产权调换的，市、县级人民政府应当提供用于产权调换的房屋，并与被征收人计算、结清被征收房屋价值与用于产权调换房屋价值的差价。因旧城区改建征收个人住宅，被征收人选择在改建地段进行房屋产权调换的，作出房屋征收决定的市、县级人民政府应当提供改建地段或者就近地段的房屋。"产权调换是指拆迁人用自己建造或购买的产权房屋与被拆迁房屋进行调换产权，并按拆迁房屋的评估价和调换房屋的市场价结算调换差价的行为。也就是说，以易地或原地再建的房屋和被拆除房屋进行产权交换。被拆迁人失去了被拆迁房屋的产权，调换之后拥有调换房屋的产权。被拆迁房屋的价值量，是以实物形式体现，实质上是按等价交换的原则，由拆迁人按被拆除房屋的评估价对被拆迁人进行补偿，再由被拆迁人按市场价格购买拆迁人提供的产权调换房屋，被拆迁房屋的评估价与产权调换房屋的市场价进行差价结算，多退少补。

另外，在拆迁补偿过程中还有一些需要注意的问题：例如，《国有土地上房屋征收与补偿条例》第24条规定："对认定为合法建筑和未超过批准期限的临时建筑的，应当给予补偿；对认定为违法建筑和超过批准期限的临时建筑的，不予补偿。"违章建筑主要包括：未申请或申请未获批准，未取得建设用地规划许可证的建筑；擅自改变建设工程规划许可证规定建成的建筑；擅自改变了使用性质建成的建筑；擅自将临时建筑建成为永久性建筑。但对于经规划部门处罚，允许保留的，待补办手续后按合法建筑给予补偿。拆除未超过批准期限的临时建筑，按照规定，也应当给予适当补偿。即按照使用期限的余

期确定残值，给予补偿。

拆迁非公益事业房屋的附属物，不宜作产权调换，应由拆迁人给予货币补偿。附属物是指与房屋主体建筑有关的附属建筑或构筑物，如围墙、门斗、水井等。对产权人来说，附属物也有一定的经济价值，因而也应该给予补偿。但附属物与整个建筑属于一个整体，拆迁后新建房屋由于设计、使用功能等方面的原因与原建筑物有所不同，对附属物的要求自然也不相同。如果允许附属物也互换产权，实践中可能难以操作。所以，对附属物来说，采取货币补偿的方式更加便利。

毛盛被拆迁房屋的围墙、门斗等属于房屋的附属物，应当纳入拆迁补偿的范围之内。行政裁决机关认为上述附属物应否纳入拆迁补偿范围，没有明确法律依据，显属适用法律错误，对争议行政裁决应当予以撤销，判决被告重新作出行政裁决。

56. 开发商将拆迁安置房转售给第三人的，被拆迁人能否要求取得该房屋？

【案情】

李忠的房屋被纳入拆迁范围，拆迁人某房地产开发公司与其达成拆迁补偿安置协议，约定：某房地产开发公司为李忠回迁安置一套两居室房屋，并支付其差价款10万元。某住宅小区建成后，由于房价上涨，某房地产开发公司未将回迁安置房交付给李忠，而是故意隐瞒该房屋为拆迁补偿安置房屋的事实，将其出售给第三人郭婷。李忠向人民法院提起诉讼，要求某房地产开发公司履行拆迁补偿安置协议，将回迁房交付给自己。

【争鸣】

■ 原告李忠诉称，被告违反拆迁协议，将补偿安置房出售给第三人，侵犯了自己的合法权益，请求人民法院判决被告履行拆迁补偿安置协议，向原告交付房屋。

■ 被告某房地产开发公司辩称，争议房屋虽然为原告的拆迁安置房，但由于被告工作失误，将该房屋出售给第三人，并且已办理产权过户手续。由于不动产物权的转让以登记为生效要件，该房屋应当由第三人享有，对被告可以拆迁协议约定的价格给予补偿。

■ 第三人郭婷提出，第三人与被告签订的商品房买卖合同合法有效，并且已经办理产权过户登记，请求人民法院确认第三人的房屋所有权。



【律师点评】

《物权法》第9条规定："不动产物权的设立、变更、转让和消灭，经依法登记，发生效力；未经登记，不发生效力，但法律另有规定的除外。"本案的争议房屋虽然是原告的拆迁补偿安置房，但经被告出售给第三人并办理了产权登记之后，所有权已由第三人依法取得。原告依据拆迁补偿安置协议享有的债权能否对抗第三人的物权呢？在一般意义上，物权的效力优先于债权，原告不能对抗第三人。但本案的特殊之处在于房屋的性质是拆迁补偿安置房，而非一般的待售商品房。有鉴于拆迁法律关系的特殊性，对于此类争议法律作出了特别处理。

从拆迁法律关系看，拆迁人和被拆迁人在拆迁活动中的法律地位是平等的，但被拆迁人实质上属于弱势群体，所以相关的法律、法规都是侧重于对被拆迁人利益的保护。拆迁补偿安置协议作为一种特殊的买卖合同，是拆迁人以其建造或购买的产权房屋与被拆迁人享有所有权的被拆迁房屋进行互易的协议。被拆迁人丧失的是现存的房屋所有权，而拆迁人提供的补偿安置房屋则是尚未建成或易地购买的房屋，这本身对被拆迁人就是不公平的，也是极为不利的。对于绝大多数的被拆迁人而言，房屋是其安身立命之本，是其最基本的生活资料。被拆迁人失去的是其赖以生存的房屋所有权，享有的是吉凶未卜的期待权，这直接影响其生存的基本人权。

因此，最高人民法院《关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第7条规定："拆迁人与被拆迁人按照所有权调换形式订立拆迁补偿安置协议，明确约定拆迁人以位置、用途特定的房屋对被拆迁人予以补偿安置，如果拆迁人将该补偿安置房屋另行出卖给第三人，被拆迁人请求优先取得补偿安置房屋的，应予支持。

被拆迁人请求解除拆迁补偿安置协议的，按照本解释第八条的规定处理。”拆迁补偿安置协议与其他商品房买卖合同发生冲突时，拆迁补偿安置协议的被拆迁人享有的债权被赋予物权优先效力。即被拆迁人的债权具有对抗第三人的效力，第三人的物权变动不得对抗被拆迁人的物上请求权。拆迁人将补偿安置房屋另行出售给第三人，即使该第三人办理了房屋所有权登记，被拆迁人也可基于特种债权的物权排他效力，优先取得拆迁补偿安置房屋。因此，对于本案的争议房屋，第三人虽然已经依法登记，但原告仍然可以主张履行拆迁补偿安置协议，优先取得该房屋。

当然，如果原告提出解除拆迁补偿安置协议，放弃对争议房屋的权利，该房屋继续由第三人依法享有。原告可以依据最高人民法院《关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第8条的规定，即“具有下列情形之一，导致商品房买卖合同目的不能实现的，无法取得房屋的买受人可以请求解除合同、返还已付购房款及利息、赔偿损失，并可以请求出卖人承担不超过已付购房款一倍的赔偿责任：……（二）商品房买卖合同订立后，出卖人又将该房屋出卖给第三人”，请求权利救济。进行产权调换的拆迁补偿安置协议实际上包括了两个房屋买卖合同，即拆迁人向被拆迁人购买其原有房屋和被拆迁人向拆迁人购买拆迁安置房。拆迁人在安置协议订立后将房屋出售给第三人的，被拆迁人可以请求解除拆迁补偿安置协议，双倍返还购房款并赔偿利息和其他损失。

一旦被拆迁人主张优先取得争议房屋，第三人就要向拆迁人返还房屋，由拆迁人交付给被拆迁人。那么，第三人的权益又该如何保护呢？在本案中，被告故意隐瞒了所售房屋为拆迁补偿安置房屋的事实，存在欺诈行为。依照《合同法》的规定，“一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立的合同，受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销”（第54条第2

款）。同时，根据《关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第9条的规定，“出卖人订立商品房买卖合同时，具有下列情形之一，导致合同无效或者被撤销、解除的，买受人可以请求返还已付购房款及利息、赔偿损失，并可以请求出卖人承担不超过已付购房款一倍的赔偿责任：……（三）故意隐瞒所售房屋已经出卖给第三人或者为拆迁补偿安置房屋的事实。”第三人可以行使撤销权，撤销与被告订立的商品房买卖合同，要求被告返还已付购房款及利息、赔偿损失，并可以请求不超过已付购房款一倍的惩罚性赔偿。

57. 拆迁租赁房屋的，如何保护承租人的利益？

【案情】

汪涵有一套平房，出租给方笑居住。2011年初，因旧城改造，汪涵的房屋被纳入拆迁范围。由于租赁合同未到期，汪涵提出提前解除租赁关系，遭到方笑的拒绝。在未与方笑达成协议的情况下，汪涵与拆迁单位达成拆迁补偿安置协议，选择货币补偿。方笑获悉后，向拆迁单位提出异议，在未获答复的情况下，向主管部门申请行政裁决。2011年8月，主管部门做出裁决：鉴于拆迁人与被拆迁人已经达成拆迁补偿安置协议，裁决由两者共同给予方笑一定的经济补偿，已经达成的拆迁补偿安置协议继续履行。方笑不服，向人民法院提起行政诉讼，请求撤销行政裁决。

【争鸣】

■ 原告方笑诉称，按照法律规定，拆迁租赁房屋的，拆迁人应当与被拆迁人、房屋承租人订立拆迁补偿安置协议。如果被拆迁人与房屋承租人达不成协议，拆迁人应当对被拆迁人的房屋实行产权调换，产权调换的房屋由原房屋承租人继续承租。拆迁单位在未与自己协商的情况下，与被拆迁人擅自达成补偿安置协议；在被拆迁人汪涵在未与自己达成协议的情况下，对其给予货币补偿。上述行为违反了法律规定，侵犯了自己的权益。主管部门维持原拆迁补偿安置协议的裁决于法不符，请求人民法院予以撤销。

■ 被告拆迁主管部门辩称，本案拆迁人与被拆迁人已经达成拆

迁补偿安置协议，撤销原协议多有不便，势必降低拆迁工作效率，造成人力、物力的浪费。由拆迁人和被拆迁人共同给予方笑一定的经济补偿，可以达到相同的目的，维护房屋承租人的合法权益。行政裁决并无不当，请求人民法院给予维持。



【律师点评】

相对于房屋所有权人而言，承租人属于经济实力较弱的群体，拆迁活动会影响其生产和生活，给其带来一定损失，如果不对他们给予一定的保护，则可能影响社会的稳定。所以，法律特别强调如果拆迁房屋属于租赁房屋，拆迁人要与承租人协商和达成协议，以保护承租人的利益。

一般情况下，房屋租赁关系的存续与房屋的存在密切相关，房屋灭失，房屋租赁关系同时归于消灭。房屋拆迁导致原有房屋灭失，但由于房屋拆迁的特殊性，并不必然导致租赁关系的消灭，承租人坚持继续承租的，原租赁关系存续，以有效地保证承租人的合法权益。在下列两种情况下，拆迁人对被拆迁人给予补偿，被拆迁人可以选择补偿方式（货币补偿或进行房屋产权调换）：第一，被拆迁人与原房屋承租人解除租赁关系的，在这种情况下被拆迁人的房屋所有权处分不受租赁关系的限制；第二，被拆迁人对房屋承租人进行安置的，即被拆迁人与承租人对原有租赁关系已进行了变更，原租赁房屋的所有权恢复到完全状态。

如果被拆迁人与房屋承租人没有解除租赁关系，也没有达成安置协议，在这种情况下，拆迁人必须对被拆迁人实行房屋产权调换，并与房屋承租人订立实行房屋产权调换的拆迁安置协议。产权调换的房屋由原承租人继续租赁，房屋产权的所有人与原承租人重新订立房屋

租赁合同。同时，《国有土地上房屋征收与补偿条例》第23条规定："对因征收房屋造成停产停业损失的补偿，根据房屋被征收前的效益、停产停业期限等因素确定。具体办法由省、自治区、直辖市制定。"因拆迁给房屋承租人造成停产、停业的，拆迁人应当给予补偿和安置。

在本案中，被拆迁人汪涵在未与房屋承租人方笑就解除租赁关系或者另行安置达成协议的情况下，擅自与拆迁人达成拆迁房屋的货币补偿协议，侵犯了方笑的合法权益，该拆迁补偿安置协议无效，主管部门应当裁决予以撤销。但主管部门作出维持原协议，由拆迁人和被拆迁人共同给予承租人经济补偿的裁决，于法无据。《行政诉讼法》规定："人民法院经过审理，根据不同情况，分别作出以下判决：具体行政行为有下列情形之一的，判决撤销或者部分撤销，并可以判决被告重新作出具体行政行为：……2. 适用法律、法规错误的"（第54条第2项第2目）。对主管部门的行政裁决应当依法予以撤销。

58. 拆迁安置用房不符合约定的，如何解决？

【案情】

张众原有一套临街营业用房，面积30平米。2006年，该房屋纳入拆迁范围，拆迁单位与张众达成拆迁补偿安置协议，约定由拆迁单位为张众异地安置一处相同面积临街营业用房（市价8000元/平米）。此后，由于建设规划调整，安置用房的朝向发生改变，不再临街，但拆迁单位未告知张众。2007年9月，张众接到通知，办理入户手续。但张众认为拆迁单位擅自改变拆迁安置用房的朝向，违反协议，不同意履行合同。在经协商不能解决的情况下，张众向人民法院提起诉讼，要求拆迁单位按照安置协议约定的营业用房的市价(8000元/平米）给予赔偿并承担违约责任。

【争鸣】

■ 原告张众诉称，由于拆迁安置用房的朝向发生改变，严重影响该营业房价值，致使合同目的不能实现，无法继续履行。原告应当按照约定安置用房的市价（8000元/平米）给予赔偿。

■ 被告拆迁单位辩称，原、被告所签的合同有效，双方应履行。虽然安置用房的朝向发生改变，但合同约定的营业房与现在修建的营业房均可营业，并不是合同目的不能实现，只是实现大小的问题。因此，原告要求按合同约定营业房的市场价予以赔偿的请求理由不成立。合同约定的营业房与变更后修建的营业房存在有价差，同意对合同约定安置的营业房与变更后修建的营业房分别进行评估，补偿原告

的价差损失。



【律师点评】

《合同法》第94条规定："有下列情形之一的，当事人可以解除合同：……（四）当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的。"原、被告达成的拆迁安置补偿协议系双方当事人的真实意思表示，符合有关法律规定，属有效合同。双方当事人均应按照合同约定履行义务。而被告交付的营业房与合同约定的房屋朝向、位置均发生较大变化，使原告通过拆迁安置获得该营业房用于经营的合同目的难以实现，仅从房屋价差补偿，不能弥补今后经营的损失。因此，被告的违约属根本性违约，故原告要求解除双方当事人签订的《房屋拆迁安置补偿协议》符合《合同法》的规定，双方当事人签订的拆迁安置补偿协议应当予以解除。

《合同法》第97条规定："合同解除后，尚未履行的，终止履行；已经履行的，根据履行情况和合同性质，当事人可以恢复原状，采取补救措施，并有权要求赔偿损失。"由于原告房屋已交被告拆除，该房不能恢复，因此，被告应当按照协议约定安置给原告的营业房以实际价款给付原告，并赔偿由此给原告造成的经济损失。

59. 农村房屋产权转移给他人的，区位补偿金归谁所有?

【案情】

陈龙因生意需要，向孙嘉借款10万元，作为担保，将其位于城区某村的平房3间抵押给孙嘉。后因陈龙到期无法偿还债务，遂将上述房屋作价转让给孙嘉。2007年8月，上述房屋纳入拆迁范围，拆迁单位与孙嘉达成了房屋拆迁补偿协议，补偿包括：房屋重置补偿款、区位补偿款、附属物补偿款及相应的其他补偿款。陈龙对区位补偿金的支付提出反对，认为该笔款项理应归其所有，为此引发纠纷。

【争鸣】

■ 原告陈龙诉称，区位补偿金是指城市房屋拆迁中对城市房屋所处的宅基地进行的补偿，是对土地的补偿。被告并非该村的村民，在该村没有宅基地，因此对房屋所处方位的宅基地进行的补偿，孙嘉是没权取得的。而原告是该村的村民，拥有在该村建造房屋的宅基地权，如对该宅基地上的房屋进行拆迁，对其房屋所处区位的宅基地补偿理所当然归原告所有。

■ 被告孙嘉辩称，区位补偿金是指城市房屋拆迁中对城市房屋所处地理位置所给予的相应补偿，是对房屋的补偿。自己已经合法取得房屋产权，区位补偿金应当归自己所有。



【律师点评】

拆迁人在对房屋进行拆迁补偿中所进行的补偿一般分为两部分，一部分为土地补偿款，是支付给该土地的所有权人的。另一部分为地上物补偿款，应补偿给房屋所有人。在本案中，因土地是农民集体所有的，第一部分应支付给该村的村民委员会。而拆迁单位与孙嘉签订的补偿协议中所涉及的项目都包含在地上物补偿款内。由此也说明区位补偿金是对房屋的补偿，而不是对土地的补偿，拆迁人也不可能支付两笔土地补偿款。

因此，区位补偿金应当是对地上物——房屋（结合其所在位置）所作的补偿。而且，即便把区位补偿金视为对宅基地的补偿，从法律的基本原则分析，地随房走、房随地走是法律的一项基本原则。既然孙嘉已取得房屋的所有权，房屋所占有的土地使用权也应随之转移给孙嘉，而对孙嘉房屋所进行的拆迁补偿均应归孙嘉所有。

房屋权属纠纷



60. 房产证已交付并已申请变更登记但尚未记载于不动产登记簿的，产权转让是否生效?

【案情】

黄胜夫妇有一套位于市中心的房屋，由儿子黄奇结婚后居住。2007年春节过后，黄胜夫妇决定将该套房屋转移到黄奇名下，并将房产证交给了黄奇。2007年10月，黄胜夫妇申请变更产权登记。在产权变更登记办理期间，黄胜夫妇与儿媳发生矛盾，决定收回该套房屋。但黄奇夫妇认为，房产证已经交付并已申请变更登记，该套房屋的产权已经转让给自己，黄胜夫妇无权收回。双方为此发生争执，诉至人民法院。

【争鸣】

■ 原告黄胜夫妇诉称，该套房产尚未办理变更登记，产权没有转让。按照法律规定，赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与。要求黄奇夫妇归还房产证。

■ 被告黄奇夫妇辩称，该套房产的房产证已经交付并已申请办理变更登记，房屋产权已经转让。没有法律规定的事由，原告无权撤销赠与。



【律师点评】

《物权法》第9条规定："不动产物权的设立、变更、转让和消

灭，经依法登记，发生效力；未经登记，不发生效力，但法律另有规定的除外。”第14条规定：“不动产物权的设立、变更、转让和消灭，依照法律规定应当登记的，自记载于不动产登记簿时发生效力。”在现实生活中，人们对于房产证与房产登记簿的作用往往认识模糊。例如，混淆房产证和不动产登记簿的关系，认为房产证是证明房屋所有权的唯一合法凭证，登记簿只是房产证的档案。还有混淆证书性质，认为房产证代表其上记载的房屋所有权。在房屋买卖中，以为房产证的交付具有房屋所有权移转的效力。其实，在房屋交易过程中，房产证的证明作用是极为有限的。在房屋所有权移转过程中，房产证是不能随之移转的，房地产主管机关在进行过户登记之后，不应将卖方原先持有的房产证经变更记载后转交给买方，而应当将卖方原先持有的房产证收回，再向买方发放新的房产证。被告认为房产证交付就意味着权利已经转移，原告没有法律规定的事由不能撤销赠与，是错误的。

不动产登记，就是指权利人申请国家登记部门将有关申请人的不动产物权的事项记载于不动产登记簿的事实。换言之，不动产登记是指登记申请人对不动产物权的设定、移转在专门的登记机关依据法定的程序进行登记。办理登记，有几个时间点，如申请的时间、在不动产登记簿上记载的时间、发给证书的时间等。但是，发生物权效力的时间点以什么为准呢？登记作为一种公示方法，要将登记记载的事实对外公开，并且可以由不特定人来查询。因此，不能把登记仅仅理解成“登录、记载”，假如仅仅只是登录记载的话，谁也查不到，那么就根本没有起到公作用，所以公示是登记的一个重要内容。不特定人来查询登记事项，只能通过登记簿上记载的事项获得相关的信息。所以在这个意义上，如果当事人提出了申请，还没有经过法律的程序把它登记记载在登记簿上，还不能叫完成了登记。登记完成的时间，应当是把不动产物权设立和变动的事实登记记载在登记簿上的时间。黄

胜夫妇虽然申请了产权变更登记，但产权变更事项尚未记载于房产登记簿，就说明产权人尚未变更。

《合同法》第186条规定："赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与。"第187条规定："赠与的财产依法需要办理登记等手续的，应当办理有关手续。"由于黄胜夫妇尚未办理变更登记，权利没有转让，因此，其有权撤销赠与。《合同法》第192条规定："受赠人有下列情形之一的，赠与人可以撤销赠与：（一）严重侵害赠与人或者赠与人的近亲属；（二）对赠与人有扶养义务而不履行；（三）不履行赠与合同约定的义务。赠与人的撤销权，自知道或者应当知道撤销原因之日起一年内行使。"第194条规定："撤销权人撤销赠与的，可以向受赠人要求返还赠与的财产。"在赠与财产权利转移之后，如果具备了上述几种法定事由，赠与人仍然可以撤销赠与，要求受赠人返还财产。但本案赠与财产的权利尚未转移，因此不需要具备上述法定事由作为撤销赠与的条件。

61. 申请房产异议登记并给权利人造成损害的，应否赔偿？

【案情】

2006年10月，向中在某新建小区购买了一套商品房，总价款60万元。其中，向其弟向正借款20万元。向中办理了产权登记，取得了产权证书。2007年3月，随着房价的迅速上涨，该套房屋的市值飙升到80万元。向中决定将该套房屋出售。向正获悉后，认为该套房屋是兄弟二人共同投资购买，应当按照投资比例由二人分享收益。同时向房产登记部门申请更正，确认该房屋属兄弟二人共同所有。由于向中不同意变更产权人，向正遂申请异议登记，并向人民法院提起诉讼。人民法院对该案审理后认为，向正主张该房屋属兄弟二人共同投资购买，应当共享产权，证据不足，驳回其诉讼请求。该房屋经异议登记和诉讼，原有购买意向的人纷纷放弃购买，导致出卖困难，向中最后以70万元的低价出售该房屋。2007年10月，其向人民法院提起诉讼，要求向正赔偿损失。

【争鸣】

■原告向中诉称，被告出于牟利的动机，捏造事实，对自己享有产权的房屋恶意申请异议登记并提起诉讼，导致该房屋出卖困难，最后不得不降价出售。请求人民法院判决其赔偿损失。

■被告向正辩称，该房产虽然登记在向中名下，但确系二人共同出资购买，原告至今未归还自己投入的本金和收益。自己申请异议

登记并提起诉讼，是维护正当权益的行为。原告要求赔偿损失，理由不成立。



【律师点评】

《物权法》第19条规定："权利人、利害关系人认为不动产登记簿记载的事项错误的，可以申请更正登记。不动产登记簿记载的权利人书面同意更正或者有证据证明登记确有错误的，登记机构应当予以更正"；"不动产登记簿记载的权利人不同意更正的，利害关系人可以申请异议登记。登记机构予以异议登记的，申请人在异议登记之日起十五日内不起诉，异议登记失效。异议登记不当，造成权利人损害的，权利人可以向申请人请求损害赔偿。"在现实生活中，不动产登记的权利和事实上的权利不一致的情况时有发生，事实上的权利是权利人的真正权利，法律应该予以确认和保护，但由于各种各样的原因，权利的事实状态往往不能准确地反映在登记簿上而出现偏差。如果任由这种登记错误的情况发展下去，就可能严重损害权利人的利益，因此法律特别设置了不动产的更正登记和异议登记制度，对真正权利人加以保护。

所谓更正登记，通俗理解，就是对于已经完成的登记，由于初始登记的错误与遗漏，致使登记与事实上权利关系不一致，为消除这种不一致状况，经权利人或利害关系人申请或者由登记机关依照职权所进行的补正和更改登记。更正登记的种类一般有两种：一种就是这里所说的由权利人或利害关系人申请而进行的更正登记；另一种则是登记机关依照本身职权所进行的自我更正登记。这种情况是指登记机关有证据证明登记有明显错误或者发现其中存在欺诈行为的，应当依照职权进行更正登记。当然，依职权而进行的更正登记，必须及时通知

登记申请人。

所谓异议登记，就是事实上的物权权利人或利害关系人对现有已经被登记的权利提出异议并申请将该异议进行登记的行为。如我的房屋被错误地登记成张三的，我作为核房屋的事实权利人，为了改变错误登记的状况，我就有权向登记机关提出异议并申请将该异议进行登记，以阻止现有登记人行使权利。按照规定，利害关系人认为不动产登记簿记载的事项有错误，而不动产登记簿记载的权利人又不同意更正的，则可以向登记机关或者人民法院申请异议登记。异议登记的条件和程序是：第一，某人认为不动产登记簿的记载事项有错误而向登记机关提出更正申请；第二，不动产登记簿记载的权利人不同意更正；第三，提出更正申请的申请人提出异议登记；第四，申请人在异议登记之日起十五日内向人民法院起诉。

异议登记与其他登记一样，具有公示性，并且在不动产登记簿上予以记载，就给社会公众发出警示，提醒交易者注意被提出异议抗辩的权利的真实性，以该权利为对象的交易可能会因此不受法律保护。这种警示效力因为异议申请记入登记簿而产生，无论第三人是否查阅登记簿都要受到异议登记的约束，而不能以不知该登记为由提出抗辩。但异议登记只是一个临时性的保护措施，异议登记申请人必须在提出异议登记之日起十五日内向法院起诉。不提起诉讼的异议登记自然失效。这是因为对于异议登记的申请，登记机关并不作实质性的审查，也就是说，可能该异议登记是错误的，如果任由其一直存续下去，对权利人的利益会造成很大损害，所以法律要求异议登记申请人应尽快起诉，由法院来查明事实真相。同时，《物权法》规定：如果异议登记不当，给权利人造成损害的，权利人可以向申请人请求损害赔偿。这是为了平衡权利人与异议登记申请人之间的利益，制裁恶意提出异议登记的申请人。

在本案中，向正借款给其兄购买房屋，后见房价上涨，伪称房

屋是二人共同投资购买，应当共享产权和收益。其主观上歪曲事实，具有牟取不正当利益的恶意。由于向正在向中出卖房屋之际申请产权异议登记并提起诉讼，造成房屋出卖困难，最后低价出售，给向中造成了损失。按照物权法的规定，向中作为产权人有权要求其赔偿损失。

62. 与工作人员串通将他人房产登记为自己所有并转卖，产权人能否要求登记机关赔偿？

【案情】

董斌购买了一套商品房。2007年6月，房屋交付使用。在办理产权登记期间，由于单位安排出国进修，董斌无暇办理，其朋友陈宁声称自己在登记机关有熟人，董斌遂将产权登记事宜委托给陈宁办理。陈宁与登记机关工作人员串通，将产权登记在自己名下并转手倒卖。董斌回国后发现自己的房屋已经被陈宁倒卖，而且陈宁本人也销声匿迹，遂向房产登记机关要求赔偿。

【争鸣】

■ 原告董斌诉称，被告工作人员与他人勾结、串通，将本属于自己的房产登记为第三人所有，导致该房产被第三人转手倒卖，给自己造成了巨大的经济损失。被告对此负有不可推卸的责任，请求人民法院判决被告赔偿损失。

■ 被告房产登记机关辩称，原告的房产被第三人倒卖，理应向第三人索赔，被告无需承担赔偿责任。



【律师点评】

《物权法》第21条规定："当事人提供虚假材料申请登记，给他人造成损害的，应当承担赔偿责任。因登记错误，给他人造成损害

的，登记机构应当承担赔偿责任。登记机构赔偿后，可以向造成登记错误的人追偿。”现实中，不动产登记不可能完全保障登记结果的客观真实。因此，《物权法》规定了登记错误的赔偿责任问题，包括申请人弄虚作假给他人造成损害的赔偿责任和登记机关登记错误给他人造成损害的赔偿责任。由于不动产登记结果的错误，而使得人们基于对不动产登记的信任，在不动产交易或利用过程中遭受损失，将对受损人给予赔偿。这不但增加了当事人对登记的信心，也强化了登记机关和登记人的责任心。

登记错误主要包括两种情况：一是登记机关工作人员疏忽、过失等原因造成错误；二是登记申请人等采取欺骗手段或者与登记机关工作人员恶意串通造成错误。申请提供虚假材料申请登记，给他人造成损害的，应当承担赔偿责任，这一点是没有异议的。但在申请人弄虚作假或者与登记机关工作人员勾结串通的情况下，登记机关应否承担责任，则有不同的看法。从《物权法》的规定看，不论是由于登记机关工作人员疏忽大意造成登记错误和他人损失，还是由于申请人提供虚假材料、采取欺骗手段或者与工作人员串通造成登记错误和他人损失，登记机关都应当依法承担赔偿责任。这样规定是因为登记错误的受害人处于相对弱势的地位，加重登记机关的责任可以给受害人以充分的法律保护。

作为受害人而言，可以直接向登记机关要求赔偿，不需要先请求弄虚作假的申请人给予赔偿，在对方无力赔偿的情况下，再要求登记机关承担赔偿责任。登记机关承担赔偿责任后，可以向造成登记错误的追偿。在本案中，由于第三人与登记机关工作人员勾结，将房屋产权登记在自己名下并倒卖，给原告造成了巨大的经济损失。按照《物权法》的规定，被告应当承担赔偿责任。况且被告本身是有过错的，应当对其工作人员的行为负责。

登记机关承担的责任性质，《物权法》没有明确规定。登记机关

是代表国家行使不动产物权登记的职责，因为登记错误而给受害人造成损失的，似乎应当承担国家赔偿责任。但国家赔偿责任是过错责任，在登记错误单纯是由于申请人弄虚作假，登记机关也尽到了法律规定的审查职责而未能避免的情况下，就无法要求登记机关承担赔偿责任，与《物权法》的规定不一致。而且，如果登记机关承担的是国家赔偿责任，受害人获得的救济是非常有限的，与不动产登记错误给受害人造成的巨大经济损失无法平衡。如果由登记机关承担民事赔偿责任，鉴于目前的登记机关虽然是事业单位，但是人员基本还是公务员编制，经费来自财政拨款，无力承担民事赔偿责任。所以，《物权法》没有作出明确规定，留待以后制定的法规加以解决。如设立不动产登记赔偿基金，在不动产登记过程中收取一定的费用，纳入不动产登记赔偿基金，该基金只能用于不动产登记赔偿，不能挪作他用。在相关规定出台之前，只能由人民法院酌情认定被告应当承担的赔偿责任范围。

63. 拆除旧宅后由家庭成员共同投资修建新房的，产权归谁所有？

【案情】

金洪夫妇与儿子金强夫妇共同生活，居住在修建于20世纪80年代的老宅。宅基地登记在金洪名下。2006年，老宅拆除后，金洪、金强夫妇共同投资修建了新房4间，各自使用两间。2007年7月，双方因为赡养问题发生矛盾，金洪夫妇向人民法院提起诉讼。

【争鸣】

■原告金洪夫妇诉称，原住宅属于原告所有，宅基地使用证也登记在金洪名下。2006年修建的新宅是在原告不动产上的添附，产权应当归原告所有。至于被告的投入，可以给予适当补偿（与被告承担的赡养费相抵），但原告的产权应当得到保护，被告应迁出原告的房屋。

■被告金强夫妇辩称，现有房屋由原、被告共同投资修建，应当认定为原、被告的共有财产。原告要求被告迁出，侵犯了共有人的权益，要求对共有财产进行分割。



【律师点评】

《物权法》第93条规定："不动产或者动产可以由两个以上单位、个人共有。共有包括按份共有和共同共有。"《物权法》第94条

规定："按份共有人对共有的不动产或者动产按照其份额享有所有权。"《物权法》第95条规定："共同共有人对共有的不动产或者动产共同享有所有权。"所谓共有，是指多个权利主体对一物共同享有所有权。共有的主体称为共有人，客体称为共有物。各共有人之间因为财产共有形成的权利义务关系，称为共有关系。共有包括按份共有和共同共有两种形式。按份共有是指数人按应有份额对共有物共同享有权利和分担义务的共有。共同共有是指数人根据某种共同关系而对某项财产不分份额地共同享有权利并承担义务。

共同共有的特征是：第一，共同共有根据共同关系而产生，以共同关系的现在为前提，例如夫妻关系、家庭关系。第二，在共同共有关系存续期间内，共有财产不分份额。这是共同共有与按份共有的主要区别。第三，在共同共有中，各共有人平等地对共有物享有权利和承担义务。共同共有的主要形式是夫妻共有和家庭共有。共同共有的最典型形式就是夫妻共有。根据我国《婚姻法》的规定，夫妻在婚姻关系存续期间所得的下列财产，归夫妻共同所有：（一）工资、奖金；（二）生产、经营的收益；（三）知识产权的收益；（四）继承或赠与所得的财产，但本法第十八条第三项规定的除外；（五）其他应当归共同所有的财产。夫妻对共同所有的财产，有平等的处理权（第17条）。出卖、赠与属于夫妻共有的财产，夫妻双方应当协商一致。

家庭共有财产是指家庭成员在家庭共同生活关系存续期间，共同创造、共同所得的财产。例如，家庭成员交给家庭的财产，家庭成员共同受赠的财产，以及在此基础上购置和积累起来的财产等。家庭共有财产与家庭财产不同。家庭财产是指家庭成员共同所有和各自所有的财产的总和，包括家庭成员共同所有的财产、夫妻共有财产和夫妻个人财产、成年子女个人所有的财产、其他家庭成员各自所有的财产等。在本案中，原、被告双方属于父母、儿子、儿媳的关系，并且共

同居住生活，属于家庭共同成员，存在形成家庭共有财产的前提。原告所有的老宅拆除后，当事人双方共同投资修建新房。由于老宅已经拆除，在原告原有不动产基础上形成添附的前提已经不存在，所以，关于新建房屋属于原告不动产的添附的主张，与事实不符。登记在原告名下的宅基地使用权，实际已由家庭成员共同使用。在当事人双方共同使用宅基地、共同投资建房的基础上修建的新房，应当认定为家庭共同共有的财产。

《物权法》第96条规定："共有人按照约定管理共有的不动产或者动产；没有约定或者约定不明确的，各共有人都有管理的权利和义务。"财产共有人对共有财产享有共同权利，共同承担义务，共同共有的房屋应由共同共有人占有、使用、收益和处分。在本案中，当事人双方各自居住两间房屋可以视为双方对共有财产使用方法的约定。所以，原告要求被告搬出该房的理由不能成立。当然，被告也应当自觉履行赡养义务，关心和尊重老人，如果被告有虐待、遗弃和拒不履行赡养义务的行为，原告可以要求有关部门出面调解或向人民法院另案起诉。

《物权法》第99条规定："共有人约定不得分割共有的不动产或者动产，以维持共有关系的，应当按照约定，但共有人有重大理由需要分割的，可以请求分割；没有约定或者约定不明确的，按份共有人可以随时请求分割，共同共有人在共有的基础丧失或者有重大理由需要分割时可以请求分割。因分割对其他共有人造成损害的，应当给予赔偿。"共同共有的财产以共同关系（夫妻关系、家庭关系）的存在为前提，在共同关系存续期间一般不会分割共有财产，但出现了法律规定的特殊情况时，共有人可以请求分割，即共有的基础丧失，如原共同生活的家庭成员分家析产；或者有重大理由需要分割。在本案中，由于当事人双方之间发生矛盾，以致激化到对簿公堂的地步，如果继续维持其财产共有关系，会使当事人双方的关系进一步恶化，不

利于家庭和谐和社会稳定。对于被告提出的分割共同财产的请求，可以酌情支持。

《物权法》第100条规定："共有人可以协商确定分割方式。达不成协议，共有的不动产或者动产可以分割并且不会因分割减损价值的，应当对实物予以分割；难以分割或者因分割会减损价值的，应当对折价或者拍卖、变卖取得的价款予以分割。"对共有的房屋如何分割，可以由原、被告协商确定。在当事人双方不能协商一致的情况下，可以由人民法院根据实际情况，采取实物分割、变价分割（将共有财产拍卖、变卖后，对所得的价款进行分割）、折价分割（部分共有人取得共有财产，并对其他共有人折价补偿）。本案的房屋由当事人共同投资修建，各自居住、使用两间，可以维持当事人双方居住使用房屋的现状，对当事人双方来讲应当是比较公平的。

64. 邻里共同投资修建的房屋未约定产权，权属如何认定?

【案情】

陈萌与冯尧同是某村村民，两家的宅基地相邻。2007 年 4 月，经协商，两人在宅基地临街的一面共同投资修建了 3 间门面房。门面房建成后，由两家共同经营。2007 年 9 月，两家因为门面房的使用发生矛盾，拟对该门面房进行分割。由于在产权比例上无法协商一致，诉至人民法院。由于建房投入情况比较复杂，双方均未保留支付材料价款的原始单据以及人工投入的证据，投资比例无法认定。

【争鸣】

■ 原告陈萌诉称，在共同投资建房的过程中，原告投入了大多数资金和人工，应当享有门面房产权的 2/3 份额。

■ 被告冯尧辩称，该门面房由于当事人双方共同投资修建，未约定产权比例，应当属于共同共有关系。当事人双方对该门面房平等地享有权利。



【律师点评】

对于本案这种情况，即当事人对共有财产的产权归属关系没有明确约定，一方主张属于共同共有，一方主张属于按份共有，最高人民法院《关于贯彻执行〈民法通则〉若干问题的意见》第 88 条规定："对于共有财产，部分共有人主张按份共有，部分共有人主张共同共

有，如果不能证明财产是按份共有的，应当认定为共同共有。”但《物权法》第103条规定：“共有人对共有的不动产或者动产没有约定为按份共有或者共同共有，或者约定不明确的，除共有人具有家庭关系等外，视为按份共有。”《物权法》之所以作出与上述司法解释不同的规定，主要是因为在当事人没有明确约定的情况下，如果推定为共同共有，共有人对共有财产的份额仍然是不明确的。如果在当事人没有家庭关系等特殊关系的情况下，将其推定为按份共有，就能很明确地确定各共有人享有的份额。

《物权法》第104条规定：“按份共有人对共有的不动产或者动产享有的份额，没有约定或者约定不明确的，按照出资额确定；不能确定出资额的，视为等额享有。”根据上述法律规定，按份共有人对共有的动产或者不动产享有的份额，有约定时，按照其约定确定份额，没有约定或者约定不明确时，首先按照出资额确定按份共有人享有的份额，在不能确定出资额的情况下，推定为等额享有。因为按份共有关系是当事人意思自治的结果，各共有人的应有份额也应当贯彻这一原则，即由当事人约定，当事人没有约定应有份额时再按照出资比例来确定。不能确定出资比例的，推定为等额享有，不仅易于操作，而且能够简化当事人之间的法律关系，符合社会生活中最基本的公平正义。

在本案中，当事人双方共同投资建房，但没有对门面房的产权归属关系进行明确的约定，而且，当事人并非共同生活的家庭成员，应当认定为按份共有的关系。由于当事人没有约定各自享有的产权份额，需要按照出资额来确定各自享有的份额。但由于建房投入情况比较复杂，双方均未保留支付材料价款的原始单据以及人工投入的证据，投资比例无法认定。所以，本案的门面房产权只能推定为由当事人双方等额享有。

根据《物权法》的规定，在对共有财产的分割没有明确约定的

情况下，按份共有人可以随时请求分割（第99条）。因此，本案当事人请求分割共有财产，应当予以准许。在分割方式上，根据《物权法》第100条的规定，“共有人可以协商确定分割方式。达不成协议，共有的不动产或者动产可以分割并且不会因分割减损价值的，应当对实物予以分割；难以分割或者因分割会减损价值的，应当对折价或者拍卖、变卖取得的价款予以分割。共有人分割所得的不动产或者动产有瑕疵的，其他共有人应当分担损失。”如果当事人不能就分割方式达成协议，考虑到本案的门面房有3间，可以采取实物分割与折价（拍卖、变卖）相结合的方式，由当事人各自享有其中一间。第三间归一方所有，并由其给予对方折价补偿；或者将其拍卖或变卖后就价款进行分割。

65. 夫妻一方擅自出卖共有房产，如何处理？

【案情】

项平与谭桦系夫妻关系，两人因感情不和而分居，正在办理离婚手续。两人在婚后建设房屋4间，现由谭桦居住。石总宽系无房户，于2012年2月到项平所在的村庄租房居住。期间经他人介绍，项平将4间房屋卖给石总宽，双方于2012年3月12日签订了房屋买卖协议。协议约定：项平将4间砖瓦结构平房的产权作价人民币64000元一次性卖给石总宽，房款由石总宽一次付清，项平于2012年3月底前将房屋交给石总宽居住。协议签订后，石总宽于3月19日交付房款50000元，双方口头约定余款14000元于交房时一次性付清。3月20日，项平和石总宽到房地产管理局办理了房屋过户登记手续，将房屋产权转移给石总宽。后项平一直没有将房屋交付，石总宽于2012年6月18日诉至法院，要求项平交付房屋。在审理过程中，法院依法追加谭桦为共同被告参加诉讼，谭桦则以项平出卖房屋未经其许可为由主张房屋买卖合同无效。

【争鸣】

■原告石总宽诉称，该房屋买卖合同有效。理由如下：第一，石总宽与项平均具有完全民事行为能力，所签订的房屋买卖协议意思表示真实，标的确定，内容不违反法律规定，亦未损害国家和社会公共利益。因此，该房屋买卖协议依法成立，双方均应按照协议的约定履行自己的义务。第二，协议签订后，石总宽按照约定已支付房款5

万元，项平亦按照约定变更了房屋所有权登记手续。《合同法》第44条规定："法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续生效的，依照其规定。"项平将房屋的所有权手续过户给石总宽，符合不动产买卖生效的要件，因此，该房屋买卖合同合法有效。第三，最高人民法院《关于适用〈婚姻法〉若干问题的解释（一）》（以下简称《解释（一）》第17条规定："夫或妻非因日常生活需要对夫妻共同财产做重要处理决定，夫妻双方应当平等协商，取得一致意见。他人有理由相信其为夫妻双方共同意思表示的，另一方不得以不同意或不知道为由对抗善意第三人。"本案中，石总宽在购买房屋时并不了解项平的婚姻状况，其有理由相信出卖房屋系项平和谭桦的共同意思表示。因此，谭桦不得以不同意或者不知情为由对抗石总宽的善意取得。

■ 被告谭桦辩称，谭桦与项平在婚姻关系存续期间共同建造的房屋，属于双方共同共有。项平在与谭桦夫妻感情不和分居生活期间，未经共有人谭桦同意，擅自处分夫妻共同财产，侵犯了谭桦对该房屋的所有权，其与石总宽签订的房屋买卖合同无效。



【律师点评】

《物权法》第95条规定："共同共有人对共有的不动产或者动产共同享有所有权。"第97条规定："处分共有的不动产或者动产以及对共有的不动产或者动产作重大修缮的，应当经占份额三分之二以上的按份共有人或者全体共同共有人同意，但共有人之间另有约定的除外。"共同共有人对共有财产享有平等地占有、使用、收益和处分的权利，并及于共有物的全部。共同共有人对共有财产平等地享有权利，平等地承担义务。对共有财产的收益不是按比例分配，而是共同享用。对共有财产的处分，一般须经全体共有人的同意。最高人民法

院《关于贯彻执行〈民法通则〉若干问题的意见》第89条规定："共同共有人对共有财产享有共同的权利，承担共同的义务。在共同共有关系存续期间，部分共有人擅自处分共有财产的，一般认定无效。但第三人善意、有偿取得该财产的，应当维护第三人的合法权益；对其他共有人的损失，由擅自处分共有财产的人赔偿。"

在本案中，争议的房屋是谭桦与项平在婚姻关系存续期间建造的房屋，属于夫妻共同财产，双方享有平等的所有权和处分权。我国《城市私有房屋管理条例》第10条规定："房屋所有人出卖共有房屋，须提交共有人同意的证明书，在同等条件下，共有人有优先购买权。"因此，共同共有人出卖共有财产应征得其他共有人同意，而且其他共有人在同等条件下有优先购买权。项平将房屋卖给石总宽，未经共有人谭桦同意，侵犯了谭桦对该房屋共有部分的财产所有权，系无效的民事行为。无效的民事行为，从一开始就没有法律效力，不管买卖双方是否办理了过户手续，均不影响对合同无效的认定。因此，项平擅自出卖其本人没有全部产权和处分权的共有房屋，违反法律规定，应认定无效。对谭桦的抗辩，应予支持。

本案能否适用善意取得？《解释（一）》第17条规定："夫或妻非因日常生活需要对夫妻共同财产做重要处理决定，夫妻双方应当平等协商，取得一致意见。他人有理由相信其为夫妻双方共同意思表示的，另一方不得以不同意或不知道为由对抗善意第三人。"《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（三）》第11条规定："一方未经另一方同意出售夫妻共同共有的房屋，第三人善意购买、支付合理对价并办理产权登记手续，另一方主张追回该房屋的，人民法院不予支持。"上述司法解释规定了夫妻共同财产的善意取得制度。所谓善意取得，是指无权处分他人动产占有人，在不法将其动产转让给第三人以后，如果受让人在取得该动产时出于善意，就依法取得该动产的所有权，原所有人不得要求受让人返还。善

意取得制度实际上是以牺牲原所有人的利益为代价而保护善意第三人的利益。在法律上，善意取得一般只适用于动产而不适用于不动产。这是因为动产物权的存在，以占有为其公示方法，以占有之变动为其变更的公示方法，而不动产物权的存在与变更则以登记及登记之变更作为公示方法，不容易发生无权处分人转让不动产的情形。因此，第三人容易误信占有动产的人就是财产所有人，而对于不动产来说，由于物权变动的特殊性，只要第三人足够注意，就不难发现其真正产权归属，一般不会引起误信。

但随着社会经济形势的发展与变化，房地产市场的持续升温，现在在不动产领域也发生了越来越多的无权处分人擅自处分他人房产的情形。因此，为了保障买受人的合法权益，有必要对不动产也实行善意取得制度。例如，甲利用与登记机关的熟人关系将乙的房产登记为自己所有，后将其卖给丙，丙基于对登记机关的信任而取得该房产法律上的所有权。原所有权人乙只能向甲请求赔偿损失，不能要求丙返还房产。一般而言，房产价格比普通动产高，交易过程也比一般动产繁琐许多，如果不适用善意取得制度，则对买受人而言，无论经济上还是精力上，都是十分不公平的。而且现在房产交易流转速度加快，从提高交易信用、保障交易安全的角度看，也有必要保护买受人的善意取得权利。因此，《物权法》规定："无处分权人将不动产或者动产转让给受让人的，所有权人有权追回；除法律另有规定外，符合下列情形的，受让人取得该不动产或者动产的所有权：（一）受让人受让该不动产或者动产时是善意的；（二）以合理的价格转让；（三）转让的不动产或者动产依照法律规定应当登记的已经登记，不需要登记的已经交付给受让人。"（第106条第1款）"受让人依照前款规定取得不动产或者动产的所有权的，原所有权人有权向无处分权人请求赔偿损失"（第106条第2款）。

善意取得适用的前提是转让人处分财产构成无权处分。无权处分

是指权利人无处分权而从事了法律上的处分行为，这种法律上的处分主要是通过买卖、设定抵押等使所有权转让。无权处分包括四种情形：一是无所有权的情形而对该财产进行处分，如承租人将承租的财产转让给他人。二是权利人有所有权但其处分权受到限制，如共有人之一未经其他共有人的同意处分共有财产。本案即属于这种情况。三是权利人不具有处分权的情形，如在附条件买卖中买受人未享有所有权而将标的物出让。四是代理人擅自处分被代理人的财产。在善意取得情况下，原权利人丧失动产或者不动产的所有权，而受让人取得动产或者不动产的所有权，善意取得作为所有权取得的一种方式，原权利人不得向善意的受让人主张返还原物。让与人与受让人基于法律行为而产生债权债务关系，受让人因善意而取得让与人移转其占有的财产所有权，而受让人应向让与人支付价金，如受让人不按法律行为支付价金，应承担违约责任。受让人取得不动产或者动产的所有权的，原所有权人有权向无处分权人请求赔偿损失。

适用善意取得制度，必须符合以下条件：第一，受让人受让该不动产或者动产时是善意的。善意是指不知情，受让人在受让财产时不知或不应知道让与人转让财产时没有处分该项财产的权限，而误信财产的占有人是所有人或具有处分他人财产的权限。当然善意也包括作为善意取得标的的物必须是法律允许流通的财产，如果法律禁止或者限制流转的物，则不能认为是善意，不能适用善意取得制度。受让人在受让该不动产或者动产时是善意的，但仅指受让人在受让财产的当时为善意，而与让与人（无权处分人）是否善意无关。如果让与人为善意，而受让人为恶意，则不能适用这项制度。善意的时间点：动产就是指交付之时，不动产就是指登记之时。

第二，财产以合理的价格转让，受让人属于有偿受让财产。善意取得的一个重要前提条件就是有偿取得。这是因为，无偿转让财产本身就表明财产的来源可能是不正当的，一个正常人应当查明财

产的来源或者应当知晓财产本身的权利瑕疵，如果知道财产存在权利瑕疵仍愿意受让该财产的，本身就说明受让人不是善意的或者是有重大过失的。另外，基于受让人无偿受让财产这一事实，返还财产并不会使受让人蒙受多大损失，所以无偿取得不适用善意取得。以合理的价格转让并不意味着受让人已经支付了相应的价款，只要该受让行为是有偿的，即使受让人还没有支付价款，也不影响善意取得的成立。

第三，转让的财产已经依法登记，不需要登记的已经交付给受让人。在善意取得制度中，转让的不动产或者动产依照法律规定应当登记的已经登记，不需要登记的已经交付给受让人，即受让人已经实际占有了该财产或者已经对该财产进行了登记。如果双方仅仅达成了合意，而并没有发生标的物占有的移转，则不能发生善意取得的效果。这是因为在这种情形下，双方当事人仍然只是一种债的关系。而善意取得为物权取得的一种方式，而对物权的保护只有经过公示，才可获得公信力；物权变动未经公示就不会发生真正的移转，受让人也无法取得该物权，其只能请求出让人交付财产。而此时，原所有权人所享有的权利仍然为物权，根据物权优于债权的原则，法律在这种情况下应首先考虑对原所有权人的保护。对于不动产物权的变动，以登记为转移的手段；对于动产物权的变动，以占有的移转为其公示手段。

在本案中，项平与谭桦夫妻感情不和，正在分居生活，项平未与谭桦协商取得一致意见，独自作出买卖房屋的这一重要处理决定，其动机并非为了日常生活需要，而是为了占有夫妻共同财产。石总宽作为房屋买卖合同的买受人，在项平所在的村庄租房居住，并未尽到对合同标的物的产权审察注意的义务，故不能认定其有理由相信项平出卖共有房屋的行为系夫妻双方共同意思表示。本案不应适用善意取得制度保护购房者的利益，而损害房屋共有人谭桦的

利益。最后，虽然房屋买卖合同无效，但购房人石总宽的合法权益仍应受到法律保护。《合同法》第58条规定："合同无效或者被撤销后，因该合同取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的损失。"本案中，项平出卖房屋的动机不纯，主观上存在较大过错，但石总宽未尽到对合同标的物进行审察注意的义务，对导致买卖合同无效也有一定过错。故应由项平返还石总宽购房款5万元，该款的利息损失由石总宽自行承担。

66. 夫妻一方婚前购买的房屋婚后由其父母出资扩建，权属如何认定？

【案情】

李尚文与谢馨于2000年登记结婚。婚前，李尚文购买了一处平房，以自己的名义办理了土地使用权证书，但未办理房产证。2001年，李尚文的父母出资将房屋扩建成3层半房屋，但该房亦未办房产证。婚后，由于双方感情不和，无法共同生活，于2006年开始分居，谢馨回自己父母处居住。2007年6月，双方协议离婚。但在分割财产时发生争议，诉至人民法院。李尚文向法庭提供了其父签名的购买建材等的单据和自己交购房款的收据。

【争鸣】

■ 原告谢馨诉称，根椐最高人民法院《关于人民法院审理离婚案件处理财产分割问题的若干具体意见》第12条的规定，婚后8年内双方对婚前一方所有的房屋进行修缮、装修、原拆原建，离婚时未变更产权的，房屋仍归产权人所有，增值部分中属于另一方应得的份额，由房屋所有权人折价补偿另一方，进行过扩建的，扩建部分的房屋应按夫妻共有财产处理。本案的情形属于扩建。扩建的部分应当作为夫妻共同财产加以分割。

■ 被告李尚文辩称，讼争的房屋是李尚文婚前购买的，于2001年由其父母出资扩建，有李尚文父母提供的购买建材等建房的发票为据。谢馨未能举出确凿证据证实夫妻两人有出资，因而主张该房属夫

妻共有财产不能成立。



【律师点评】

本案的复杂之处在于夫妻一方婚前购买的房屋在婚后由其父母出资进行了扩建。在这种情况下，该房屋能否作为夫妻共同财产加以分割，需要对婚前购买的房屋及其婚后扩建部分进行具体分析。

《婚姻法》第18条规定："一方婚前财产为夫或妻一方的财产。"最高人民法院《关于适用〈婚姻法〉若干问题的解释（一）》第19条规定："婚姻法第十八条规定为夫妻一方所有的财产，不因婚姻关系的延续而转化为夫妻共同财产。但当事人另有约定的除外。"在本案中，李尚文于婚前以其名义购买平房一套，该房未办房产证，但办了土地使用权权属证书，土地使用权权利人是李尚文。根据《城市房屋产权产籍管理暂行办法》第3条"城市房屋的产权与该房屋占用土地的使用权实行权利人一致的原则，除法律、法规另有规定的外，不得分离"及《城市房屋权属登记管理办法》第6条"房屋权属登记应当遵循房屋的所有权和该房屋占用范围内的土地使用权主体一致的原则"的规定，该平房虽未办理房产证，但如果办理，房产证的权利主体只能与土地使用权证的权利主体一致。本案土地使用权证已办，权利人是李尚文，因此，从期待权看，房产证如办理，权利人只能是李尚文，且本案有李尚文交纳购房款的单据。因此，李尚文婚前购买的平房一套属于其个人财产，不能作为夫妻共同财产加以分割。

至于李尚文的父母出资将房屋扩建成3层半房屋的扩建部分，根据最高人民法院《关于人民法院审理离婚案件处理财产分割问题的若干具体意见》第12条的规定，"婚后8年内双方对婚前一方所有的房屋进行过修缮、装修、原拆原建，离婚时未变更产权的，房屋仍

归产权人所有，增值部分中属于另一方应得的份额，由房屋所有权人折价补偿另一方；进行过扩建的，扩建部分的房屋应按夫妻共同财产处理”，本案的情形属扩建，依照此条的规定，扩建部分的房屋应按夫妻共同财产处理。

《婚姻法》第17条规定：“夫妻在婚姻关系存续期间所得的下列财产，归夫妻共同所有：……（四）继承或赠与所得的财产，但本法第十八条第三项规定的除外。”第18条规定：“有下列情形之一的，为夫妻一方财产：……（三）遗嘱或赠与合同中确定只归夫或妻一方的财产。”最高人民法院《关于适用〈婚姻法〉若干问题的解释（二）》第22条规定：“当事人结婚前，父母为双方购置房屋出资的，该出资应当认定为对自己子女的个人赠与，但父母明确表示赠与双方的除外。当事人结婚后，父母为双方购置房屋出资的，该出资应当认定为对夫妻双方的赠与，但父母明确表示赠与一方的除外。”李尚文父母出资建房的行为所蕴含的意思是赠与。赠与合同原则上为实践性合同，赠与合同的情形应区分以下两种，一是赠与人将自己的已有的现成的房屋赠与他人；另一种是赠与人赠与钱财、物资、劳务，资助他人建房，此两种情形应区别对待。本案中，李尚文父母出资资助建房的赠与应属后一种，在此种情况下，只要李尚文父母出了资，李尚文、谢馨接受了出资，建了房，即认定赠与合同已付诸实施。

综上所述，本案中争议的房产应当区分。李尚文婚前购买的部分属于其个人财产。婚后由其父母出资扩建的部分属于赠与所得的夫妻共同财产，应当依法予以分割。《物权法》第100条规定：“共有人可以协商确定分割方式。达不成协议，共有的不动产或者动产可以分割并且不会因分割减损价值的，应当对实物予以分割；难以分割或者因分割会减损价值的，应当对折价或者拍卖、变卖取得的价款予以分割。”本案的争议房屋在婚后的扩建部分可以进行折价，由李尚文给予谢馨补偿。

67. 按揭贷款未还清前，房屋能否作为夫妻共同财产进行分割？

【案情】

季明与孙兰于2006年结婚。婚前，季明以按揭贷款的方式购买了一套房屋。婚后，两人一起还贷。2007年6月，两人因感情不和协议离婚。但在分割财产时，两人对尚在还贷过程中的房屋发生争议。季明向人民法院提起诉讼，要求孙兰搬出房屋，自己愿意给予对方一定的补偿，房屋产权由自己享有。

【争鸣】

■ 原告季明诉称，房屋的首付款是自己独立支付的，并且在结婚前自己偿还了部分贷款，因此，该房屋部分属于自己的个人财产，不同意完全按照夫妻共同财产均等分割。孙兰应当搬出房屋，根据其参与还贷情况可以给予相应的补偿，但房屋产权由自己享有。

■ 被告孙兰辩称，该房屋属于夫妻共同财产，应当依法进行分割。自己愿意搬出该房屋，但必须按照房屋的价值得到补偿。



【律师点评】

最高人民法院《关于适用〈婚姻法〉若干问题的解释（二）》第21条规定："离婚时双方尚未取得所有权或者尚未取得完全所有权的房屋有争议且协商不成的，人民法院不宜判决房屋所有权的归属，

应当根据实际情况判决由当事人使用。当事人就前款规定的房屋取得完全所有权后，有争议的，可以另行向人民法院起诉。”按揭贷款购买的房屋在贷款未还清前就属于司法解释中所说的“尚未取得完全所有权的房屋”。这是因为按揭贷款的购房人将房屋抵押给了贷款银行，在房屋上设定了抵押权，因此房屋的产权受到了限制。

根据《担保法》的规定，抵押期间，抵押人转让已办理登记的抵押物的，应当通知抵押权人并告知受让人转让物已经抵押的情况；抵押人未通知抵押权人或者未告知受让人的，转让行为无效。抵押人转让抵押物所得的价款，应当向抵押权人提前清偿所担保的债权或者向与抵押权人约定的第三人提存。超过债权数额的部分，归抵押人所有，不足部分由债务人清偿。换言之，通过按揭贷款方式购买的房屋由于设定了抵押权，所有权人在转让房屋时要通知抵押权人并以转让所得价款优先清偿银行贷款。所以，该房屋在贷款未还清前属于产权不完全的房屋。

《婚姻法》规定：“离婚时，夫妻共同财产由双方协议解决；协议不成时，由人民法院根据财产的具体情况，照顾子女和女方的原则判决。”这里所说的夫妻共同财产应当是在婚姻关系存续期间取得的归夫妻双方共同所有的财产。该财产的所有权是完全的，财产上不应当设定其他权利。如果财产的所有权尚不完整，自然不能作为夫妻共同财产进行分割。

综上所述，当事人双方讼争的房屋属于所有权不完全的房屋，鉴于该房屋是季明在结婚前购买的，支付了首付款并偿还了部分贷款，因此，根据最高人民法院的司法解释，应判决该房屋暂由季明使用。待房屋取得完全所有权后，再进行分割。

2011 年出台的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（三）》第 10 条规定：“夫妻一方婚前签订不动产买卖合同，以个人财产支付首付款并在银行贷款，婚后用夫妻共同

财产还贷，不动产登记于首付款支付方名下的，离婚时该不动产由双方协议处理。依前款规定不能达成协议的，人民法院可以判决该不动产归产权登记一方，尚未归还的贷款为产权登记一方的个人债务。双方婚后共同还贷支付的款项及其相对应财产增值部分，离婚时应根据婚姻法第三十九条第一款规定的原则，由产权登记一方对另一方进行补偿。”此后发生的类似纠纷，应按照最新司法解释的规定处理。

68. 夫妻一方所有的房屋婚后拆迁的安置房是否属于共同财产？

【案情】

张涛与柳惠于2001年登记结婚。结婚前，张涛的父母将一套两居室房屋过户给了儿子，供其婚后居住使用。2004年2月，由于政府进行老城区改造，张涛的房屋在拆迁范围之内。按照拆迁政策的规定，张涛取得了一套位于城郊的三居室安置房。2007年6月，两人因感情不合协议离婚。在分割财产的过程中，对该安置房的归属问题发生争执，诉至人民法院。

【争鸣】

■原告柳惠诉称，两人于2001年登记结婚，而该安置房的获得是在2004年。根据《婚姻法》的规定，该房屋属于婚姻关系存续期间所得财产，属夫妻共同财产。因此，该安置房理应按夫妻共同财产进行分割。

■被告张涛辩称，该安置房是在对张涛婚前个人所有的房屋进行拆迁的基础上取得的安置房。夫妻一方婚前个人所有的房屋不能因为拆迁行为而转归夫妻双方共同所有，否则既对夫妻一方的财产权益造成不公正的损害，也违背《婚姻法》关于夫妻财产的规定。所以，该安置房不应按夫妻共同财产进行分割，应属张涛的个人财产。



【律师点评】

《婚姻法》第17条规定："夫妻在婚姻关系存续期间所得的下列

财产：（一）工资、奖金；（二）生产、经营的收益；（三）知识产权的收益；（四）继承或赠与所得的财产，但本法第十八条第三项规定的除外；（五）其他应当归共同所有的财产，归夫妻共同所有。”本案中争议的房屋虽然是在婚姻关系存续期间取得的，但并不属于上述法律规定的夫妻共同财产的范畴。认定一项财产是否属于夫妻共同财产，不能简单地看其是否在婚姻关系存续期间取得，还应当结合财产的具体性质和来源，综合地予以认定。

根据《婚姻法》的规定，夫妻一方的婚前财产属于个人财产。张涛原有的房屋是其父母在婚前过户给张涛的，应属于个人财产确定无疑。而婚后取得的安置房是在对该房屋拆迁基础上给予所有人的一种补偿。该安置房的获得是以张涛原有的婚前个人房产的拆迁为前提，是原房产所有权的自然延伸。如果因政府的拆迁，原有个人房产的拆迁安置房即归夫妻共同所有，这将明显剥夺夫妻一方的财产权益，不符合法律的公平原则，同时也助长了另一方不劳而获的思想。

最高人民法院《关于人民法院审理离婚案件处理财产分割问题的若干具体意见》（1993）规定：“一方婚前个人所有的财产，婚后由双方共同使用、经营、管理的，房屋和其他价值较大的生产资料经过8年，贵重的生活资料经过4年，可视为夫妻共同财产。”修改后的《婚姻法》取消了这一规定，将一方的婚前财产确定为夫妻个人所有。这样做的目的就是为了杜绝借婚姻关系谋取财产权益的行为，确保婚姻关系建立在男女双方的感情基础上。如果将本案争议的房屋认定为夫妻共同所有，与“一方婚前的财产在婚后一段时间转归双方共同所有”在性质上是一样的，违背了《婚姻法》关于夫妻财产规定的本意。综上所述，本案争议的房屋应当认定为张涛的个人财产，不能作为夫妻共同财产予以分割。

69. 同居期间购买的房改房，权属如何认定？

【案情】

何野与王美于1996年登记结婚，婚后居住何野单位所分配的公房。1998年4月，双方经法院调解离婚，但对房屋未做处理。1998年底，王美又搬回原住所，与何野共同生活，但双方并未办理复婚登记手续。1999年6月，何野原工作单位进行房改售房，何野、王美隐瞒已经离婚的事实，王美在其工作单位取得工龄证明并由何野交给其单位，单位遂以双方工龄为依据并据当时房改政策办理了优惠售房手续。该房产权人登记为何野一人。2006年11月，双方又发生矛盾，王美搬出该房，携女另居。2007年2月，王美诉至原审法院，请求依法分割该房屋。诉讼期间，何野于2007年5月向原售房单位说明了当初隐瞒离婚、骗女方工龄而优惠购房之事实，并按单位的要求补交了不应享受女方工龄优惠的“房改房工龄款”。

【争鸣】

■ 王美诉称，争议房屋属于夫妻共同财产，应平均分割产权或获得房价的一半。

■ 何野辩称，该房产权属不是双方共有财产。由于双方已解除婚姻关系，王美无权参与购买自己单位出售的房改房。



【律师点评】

所谓房改房是指职工单位将公房出售给职工，职工以标准价或成本价购买，从而对购买的房屋享有部分产权或全部产权的住房。成本

价或标准价的产权表明该房屋的占有、使用的权利通常归产权人，但该房屋通常不能办理赠与，在收益权上受到一定的限制。若直接上市交易，有的除需征求原产权单位是否行使优先购买权外，还需补交土地出让金或相当于土地出让金的价款。现今，随着各地房改房的上市，成本价或标准价的区别已不是很明显，房改房与普通商品房的区别也不是很大。但房改房的买卖价格是一种政策优惠价格，未完全体现房屋的商品价值。房改房首次购房时通常享受了以下优惠：成新折扣（综合考虑房屋折旧及相关调整系数如层次、朝向等计算房屋价值）、工龄折扣（通常工龄按夫妇双方工龄年限之和计算，每平方米每年折多少元）、付款折扣（一次付清住房全部价款的，给予相应价款的20%的折扣等）。房改房有些地方规定也可以继承、赠与或以其他形式转让，但须按国家规定交纳有关费用。

房改房在进行分割处理时，不应单纯以是否为售房单位的职工为标准来决定。根据《国务院关于深化城镇住房制度改革的决定》第18条之规定，以成本价或标准价购房的，每个家庭只能享受一次。享受住房福利待遇的对象应是夫妻双方，而不是售房单位的职工一方。这种住房的产权应属夫妻双方共有，夫妻任何一方对这种房改房有平等的处理权。根据一定的福利政策所购买的房屋，往往与夫妻双方职务、级别、工作年限等相挂钩，购买价格常远远低于房屋的市场价值，而当初分得房屋的情形又有许多具体情况，使得处理此类房屋争议十分棘手。司法实践中应把握好以下几个原则：第一，购房优惠政策夫妻均享原则。房改房不是单位分配给职工个人的、不属职工个人的财产，也不是包含其他家庭成员的家庭共同共有财产，而应是夫妻共有财产。第二，合法、调解原则。家庭纠纷尽量调解、软化矛盾；对诉讼中任何一方采取的不法行为应予以坚决制止，并适当制裁。第三，照顾妇女儿童合法权益原则。要有利于子女健康成长，对抚养子女方应给予照顾，条件基本相同时，应照顾女方。第四，兼顾

售房单位的利益原则。特别是部分产权房改房，单位是房屋的按份共有人，析产时，一定要先征求单位意见，以避免新的冲突。第五，具体问题具体分析原则。应具体案情具体对待，充分考虑当事人居住的实际情况，能分开使用的就不要拍卖，灵活运用以上多种原则来处理。审判实践中，常用两种方法：一是变卖分割法，可将房改房以市场价出售再分割价款；二是竞价分割法，当事人在人民法院的主持下，通过公开相互竞价，确定房屋产权归属最高出价方所有，他方得到相应补偿价款的房屋分割方式。

在本案中，争议房屋系双方同居生活期间购置的财产，应按一般共有财产处理。双方按房改房价共同购置，应认定为双方共同共有。双方隐瞒已调解离婚之实，购房时掺入了原告的工龄并享受优惠购房行为当属不当行为，原售房单位对此予以纠正并责令被告补交了工龄优惠款，此举亦属正当，但上述情况不能改变该房屋系双方共同购买及共同共有的性质。由于该房系房改售房，带有单位福利性质，而经售房单位纠正后的福利对象仅为被告，被告应占有该房产较多份额；另鉴于双方同居时间较长，原婚生女亦由原告抚养的实际情况，兼顾妇女儿童合法权益，在分割时对原告亦可酌情予以适当照顾。

2003 年 12 月 25 日最高人民法院《关于适用〈婚姻法〉若干问题的解释（二）》（以下简称《解释（二）》确定的原则是房改房应按市场价分割。以成本价或标准价购买的住房，在分割时以市场价作为补偿标准是恰当的。分得的住房的一方应按等价原则给予另一方相当于该住房一半价值的补偿。《解释（二）》第 19 条规定：由一方婚前承租、婚后用共同财产购买的房屋，房屋权属证书登记在一方名下的，应当认定为夫妻共同财产。第 20 条规定：双方对夫妻共同财产中的房屋价值及归属无法达成协议时，可以根据个案的情况、考虑当事人的意愿，采取竞价、评估、拍卖等形式，以便纠纷得到妥善解决。本案房屋的处理可以参照上述规定。

70. 房屋共有人转让产权份额的，其他共有人是否有权优先购买？

【案情】

史亚与唐可、王建共同购买了1间门脸房，合伙做生意，各占1/3的产权份额。2007年2月，史亚因急需用钱，将该门脸房的产权份额转让给吕强。唐可与王建获悉后，纷纷表示异议，都要求优先购买史亚的产权份额。由于无法协商一致，导致该门脸房的产权变更登记迟迟未能办理，吕强向人民法院提起诉讼。

【争鸣】

■ 原告吕强诉称，原告与被告签订的买卖合同合法有效，被告应当按照约定履行义务，协助办理产权变更登记。

■ 被告史亚辩称，由于被告与原告签订产权份额买卖合同时，未通知原共有人，侵犯了原共有人的优先购买权，应当确认无效。

■ 第三人唐可、王建均提出，自己作为共有人，应当优先购买原告的产权份额。



【律师点评】

《物权法》第101条规定："按份共有人可以转让其享有的共有的不动产或者动产份额。其他共有人在同等条件下享有优先购买的权利。"《民法通则》第78条第3款规定："按份共有财产的每个共有

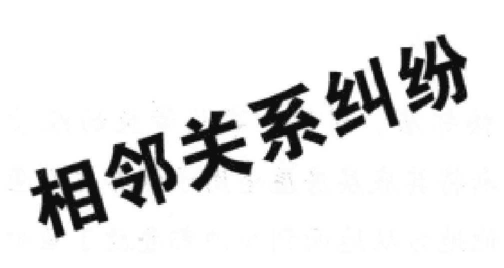
人有权将自己的份额分处或转让。但在出售时，其他共有人在同等条件下，有优先购买的权利。”所谓优先购买权，是指特定人依法律规定或约定而享有的于出卖人出卖标的物于第三人时，得以同等条件优先于他人而购买的权利。为防止某一按份共有人转让其份额造成对其他共有人的损害，实现资源的有效配置，促进物尽其用，减少共有人之间的纠纷，某一按份共有人在出售其份额时，应告知其他共有人。在同等条件下的情况下，其他共有人可以优先于非共有人购买所出售的份额。共同共有人在财产分割后，也享有优先购买权。最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见》第92条规定：“共同共有财产分割后，一个或者数个原共有人出卖自己分得的财产时，如果出卖的财产与其他原共有人分得的财产属于一个整体或者配套使用，其他原共有人主张优先购买权的，应当予以支持。”

共有人优先购买权是一种法定权利。共有人优先购买权是由法律直接加以规定，也即只能由法律加以创设，而不能根据当事人之间的约定或习惯而产生。由于共有人优先购买权是一种法定权利，因而其具有对抗第三人的法律效力。根据上述法律规定，一是在按份共有财产中，某一共有人有权将自己的份额部分从共有财产中分出或转让；二是在与第三人同等条件下，如其他的共有人对该份额主张优先购买权，出卖人与第三人订立的买卖合同归于无效。出卖人负有向优先购买权人通知的义务。这种通知既可以是在出售时明确告知，也可以是在与第三人达成交易之前通知，告知的内容既包括要出售份额的情况，也包括价格及其他重要的交易条件。

共有人优先购买权的构成要件包括：必须存在共有关系，否则不存在共有人享有优先购买权问题；共有人只能在同等条件下行使优先购买权。共有人行使优先购买权是按照等价有偿的原则，在同等条件下购买其他共有人的份额，而不是以优于第三人的购买条件购买共有

物份额，在非与第三人同等条件下，共有人不享有优先购买权。当然，共有人须在一定的期限内行使优先购买权。为保障交易安全，促进正常财产流转，有效地保护共有当事人的合法权益，共有人的优先购买权必须在一定的期限内行使。时效的计算以权利人知悉出卖人和第三人缔约之日起计算。在此期间，权利人不行使自己的权利，视为对交易行为的默认。除斥期间届满，权利人优先购买权消灭。

在本案中，被告与两第三人共同购买门脸房，各占1/3的产权份额，属于按份共有关系。被告转让其拥有的产权份额，其他共有人享有以同等条件优先购买的权利。被告在与原告达成协议时，未履行对第三人的通知义务，侵犯了第三人的优先购买权，买卖协议应当确认为无效。但在本案中，两第三人均要求优先购买被告的产权份额，应当如何解决呢？这种情况被称为优先购买权竞合。如果几个共有人都想购买这项份额，应由转让份额的共有人决定将其份额转让给哪一个共有人。如果是共有人的先买权与承租人的先买权的竞合，共有人的物权在先，因为买卖不破租赁已经给予了承租人充分的保护。所以，在第三人同时要求优先购买的情况下，应由被告来决定向谁出售或者将产权份额一分为二，分别向两第三人出售。


相邻关系纠纷



71. 将住宅挪作他用并导致相邻房屋损坏的，如何解决？

【案情】

杨东和周伟是上下楼邻居。周伟从事热带鱼的经营活动，2006年上半年开始，周伟逐渐将其底层房屋全用于饲养热带鱼，室内除留有一人宽的走道外，其他地方从地面到房顶都叠放了鱼缸，用于饲养热带鱼。由于热带鱼对温度有一定的要求，周伟在房内添置了供暖设备，使室温常年保持在30摄氏度左右。1年后，楼上的杨东家中出现了地板开裂、墙面霉变发黑、电线短路等情况。双方发生争执，经交涉未果，2007年10月，杨东向人民法院提起诉讼，要求周伟将其房内鱼缸搬迁并赔偿损失。经房屋质量检测站检测，确认由于周伟将住房改为饲养热带鱼，因此室内长时间温度偏高，空气较潮湿，通风不畅，水珠凝结在木地板、墙面上，从而引起楼上杨东房屋地板开裂、墙脚霉变、插座等受潮损坏的现象。

【争鸣】

■原告杨东诉称，由于被告将住宅挪作他用，导致自己的房屋受损，请求人民法院判决被告停止侵害并赔偿损失，恢复住宅的正常使用。

■被告周伟辩称，原告的房屋受损不排除房屋自然老化和自然损坏因素的影响，与被告在室内饲养热带鱼的行为没有必然因果关系，要求被告赔偿损失并将鱼缸从房屋内迁出，依据不足。



【律师点评】

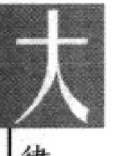
《民法通则》第83条规定："不动产的相邻各方，应当按照有利生产、方便生活、团结互助、公平合理的精神，正确处理截水、排水、通行、通风、采光等方面的相邻关系。给相邻方造成妨碍或者损失的，应当停止侵害，排除妨碍，赔偿损失。"《物权法》吸收了《民法通则》关于"相邻关系"的规定，"不动产的相邻权利人应当按照有利生产、方便生活、团结互助、公平合理的原则，正确处理相邻关系"（第84条）。

所谓相邻关系，其实是一种权利，所以也可以称之为"相邻权"，它是指两个或两个以上相互毗邻的不动产的所有人或使用人，在行使不动产的所有权或使用权时，因相邻各方应当给予便利和接受限制而发生的权利义务关系。相邻关系的主体必须是两个或两个以上的相邻不动产的所有人或使用人。根据法律的规定，不动产所有人和使用人行使权利，应给予相邻的不动产所有人和使用人以行使权利的必要的便利。这样，对于一方来说，因提供给对方必要的便利，就使自己的权利受到了限制；对于另一方来说，因为依法取得了必要的便利，则使自己的权利得到了延伸。

处理相邻关系应当遵循以下原则：（一）有利生产、方便生活原则。处理因相邻关系发生的纠纷，应从有利于有效合理地使用财产，有利于生产和生活的目的出发。（二）团结互助原则。相邻各方在行使所有权或使用权时，应当互相协作，互帮互助，兼顾相邻人的利益。法律规定相邻关系，绝非破坏人与人之间的和谐关系，而是为了更好地协调、促进、改善这种共存的现象。因相邻不动产的使用发生争议的，必须本着互谅互让、有利团结的精神协商解决；协商不成的，由有关行政机关和人民法院解决。（三）公平合理原则。相邻关

系的种类很多，法律很难对各种相邻关系都作出事无巨细的具体规定，这就需要人民法院或者行政机关在处理相邻关系纠纷时，应该从实际出发，因地因时制宜，进行深入的调查研究，兼顾各方面的利益，适当考虑历史情况和习惯，公平合理地处理纠纷。

在本案中，周伟作为相邻房屋的所有人，应当合理地使用房屋，避免对相邻房屋造成影响和损坏。由于其在房屋内从事饲养热带鱼的经营活动，导致杨东房屋受潮损坏，出现了地板开裂、墙面霉变发黑、电线短路等情况。周伟的行为违背了法律处理相邻关系的原则和精神，给相邻不动产的所有人造成了损失。杨东要求其鱼缸搬迁并赔偿损失，理由是成立的。



72. 当事人能否通过约定放弃相邻权?

【案情】

某村位于城乡结合部。某房地产开发公司拟在该村北侧的一片空地建两栋高层住宅楼。由于规划中的高层住宅楼紧邻该村部分居民的房屋，将对房屋的采光产生影响，所以，房地产开发公司与该村部分村民协商，决定对受影响较大的部分房屋的所有权人给予经济补偿。双方达成协议：每户补偿2万元。其他受影响的村民提出异议，诉至人民法院。

【争鸣】

■ 原告村民诉称，建筑物采光标准国家有强制性规定，房地产开发公司以经济补偿协议排除强制性法律规范的适用，侵犯了村民的相邻权益。请求人民法院判决被告与部分村民签订的放弃采光权经济补偿协议无效，被告修改建设规划。

■ 被告某房地产开发公司辩称，部分村民自愿与被告达成协议，放弃相邻权益，合法有效。对于其他受到影响的村民，被告愿意扩大补偿范围，但不同意其诉讼请求。



【律师点评】

《物权法》第85条规定："法律、法规对处理相邻关系有规定的，依照其规定；法律、法规没有规定的，可以按照当地习惯。"对

于相邻权益，当事人能否通过协议的方式放弃或改变其内容的问题，需要结合法律规定和不同相邻权益的特征来确定，不能一概而论。

（一）对于法律有明确禁止性规定的，当事人不能通过协议排除法律适用，放弃相邻权益。为了保证居民的基本生活条件，保护其生命健康和财产权益，对于某些侵犯相邻权益的行为法律是明确予以禁止的。例如，《物权法》规定："建造建筑物，不得违反国家有关工程建设标准，妨碍相邻建筑物的通风、采光和日照"（第89条）；"不动产权利人不得违反国家规定弃置固体废物，排放大气污染物、水污染物、噪声、光、电磁波辐射等有害物质"（第90条）；"不动产权利人挖掘土地、建造建筑物、铺设管线以及安装设备等，不得危及相邻不动产的安全"（第91条）。

在其他法律、法规中也有类似的规定。如《建筑法》、《环境保护法》、《水污染防治法》、《固体废物污染环境防治法》、《广播电视设施保护条例》等。《建筑法》规定："建筑施工企业应当在施工现场采取维护安全、防范危险、预防火灾等措施；有条件的，应当对施工现场实行封闭管理。施工现场对毗邻的建筑物、构筑物和特殊作业环境可能造成损害的，建筑施工企业应当采取安全防护措施"（第39条）；"建设单位应当向建筑施工企业提供与施工现场相关的地下管线资料，建筑施工企业应当采取措施加以保护"（第40条）；"建筑施工企业应当遵守有关环境保护和安全生产的法律、法规的规定，采取控制和处理施工现场的各种粉尘、废气、废水、固体废物以及噪声、振动对环境的污染和危害的措施"（第41条）。这些关于采光、通风、日照以及有害物质排放、建筑物安全的规定，是维护居民基本生活条件和人身财产安全所必需的，相邻土地或建筑物的权利人之间不能通过合同来排除或改变这种法定义务，侵犯相邻权益。

（二）法律规定的相邻利用关系，当事人可以在此基础上进一步协商。《物权法》等法律、法规有关相邻关系的规定中，除了禁止性

规定外，还有一部分是对相邻土地和建筑物间的利用关系的规定。例如《物权法》规定："不动产权利人应当为相邻权利人用水、排水提供必要的便利"（第86条第1款）；"不动产权利人对相邻权利人因通行等必须利用该土地的，应当提供必要的便利"（第87条）；"不动产权利人因建造、修缮建筑物以及铺设电线、电缆、水管、暖气和燃气管线等必须利用相邻土地、建筑物的，该土地、建筑物的权利人应当提供必要的便利"（第88条）。

以上这些规定是为了使相邻一方能充分利用其土地和建筑物，从而对相邻另一方的权利进行必要的限制，要求其必须为对方提供必要的便利。由于这同时等于牺牲了另一方的某些利益，因此，法律规定有严格的适用条件，即只能是迫不得已的情况下，才能要求对方容忍自己的某些行为，如通行、排水、取水、铺设等。由此看来，这种相邻关系是法律对相邻土地和建筑物间利用关系的最小限度调节。因而，相邻各方不能约定排除这种最基本的义务，如约定排除对方必要的通行等。但是，法律并不禁止双方在此基础上，就具体的权利义务内容作出约定。例如，法律虽然要求一方在经过邻地通行或铺设管道时，应采取给对方损害最小的方式进行，但双方仍可以约定其他的通行或铺设方式，并对因此造成的损失约定补偿金额。再如，法律规定一方给另一方造成损害的应该补偿，对于这种补偿的请求权利，提供便利的相邻一方也完全可以放弃。

（三）法律没有明确规定如何处理相邻关系时，当事人可以遵照处理相邻关系的原则，按照当地习惯进行处理。由于法律只是对必要的相邻关系作出了最基本的规定，如应当给通行不便的相邻人提供便利等，但对具体的通行方式并没有作出规定，对此，相邻双方也可以依据当地的习惯来进行约定。但应该注意的是，这种约定依然受到以上条件的限制，即对于不得遮挡采光、排放有害物质等禁止性的规定，相邻各方不得约定排除，对于法定应提供的最低限度便利，也不

能约定拒绝提供。同时各方还应遵循《物权法》第84条规定的“有利生产、方便生活、团结互助、公平合理”的原则，正确处理相邻关系。此外，当事人之间这种约定同样不能违背公共道德标准，不能违背基本的社会秩序。

具体到本案，新建建筑物应当避免对已有建筑物的采光、日照、通风等造成妨害，这是法律为保障居民基本生活条件、身心健康所作出的强制性规定。在本案中，被告与部分村民达成的经济补偿协议是以村民放弃法律规定的采光权为前提的，该协议由于违背法律的强制性规定，侵犯相邻权益而归于无效。

73. 需要经由相邻房屋安装管道的，能否要求房主给予便利？

【案情】

古晨购买了一套商品房，位于整栋大楼的顶层。由于该房是开发商将原来的一套复式住房改造而成，所以没有液化气管道。同时，由于安全原因，物业又禁止住户利用电梯运送液化气罐。经协调，液化气安装部门准备自古晨的楼下即王伟家接通液化气管道。但是，王伟一直不同意。古晨诉至法院，要求王伟配合液化气安装部门完成室内液化气管道安装工程。

【争鸣】

■ 原告古晨诉称，依据法律规定，相邻业主之间应当为对方安装管线提供必要的便利，遵循有利生产、方便生活、团结互助、公平合理的原则，正确处理相邻关系。由于特殊原因，原告安装液化气管道必须经过被告家中，这涉及到原告的房屋能否正常使用的问题，被告有提供便利的法律义务。请求人民法院判决被告履行相邻义务。

■ 被告王伟辩称，原告的液化气使用问题可以通过多种方式来解决，不一定非要经由被告家中安装液化气管道。而且，液化气管道的安装势必给被告房屋的结构和使用造成一定的破坏，使被告的权利受到不必要的损害，故不同意原告的诉讼请求。



【律师点评】

《物权法》第88条规定："不动产权利人因建造、修缮建筑物以及铺设电线、电缆、水管、暖气和燃气管线等必须利用相邻土地、建筑物的，该土地、建筑物的权利人应当提供必要的便利。"这里所说的"必要的便利"是指为自己不动产的使用方便有必须或必要将自己的权利合理延伸至对他人权利的利用，非得这种利用，就不能正常行使不动产权利。

古晨的诉讼请求能否得到支持取决于自王伟家中安装液化气管道是否符合"必要的便利"标准。从本案的事实来看，古晨的屋中没有煤气管道，而且由于安全原因，物业又禁止住户利用电梯运送液化气罐，这样一来，古晨就无法在家中使用煤气这种基本的家庭生活必需品，也就无法对该房屋进行充分利用。而解决这一问题的唯一方法就是自古晨的楼下即王伟家接通液化气管道，这样既可解决古晨的液化气问题，也不影响王伟房屋的正常使用。因此这一诉求完全符合"必要的便利"标准。王伟应该给予提供这种"必要的便利"。

同时，《物权法》第91条规定："不动产权利人挖掘土地、建造建筑物、铺设管线以及安装设备等，不得危及相邻不动产的安全。"第92条规定："不动产权利人因用水、排水、通行、铺设管线等利用相邻不动产的，应当尽量避免对相邻的不动产权利人造成损害；造成损害的，应当给予赔偿。"所以，古晨在安设液化气管道时应当尽量避免给相邻方造成损害，特别是保障其房屋的安全，如因安设液化气管道给王伟造成损害，古晨应当根据实际损害结果给予王伟经济补偿。

74. 院落内种植的树木危及相邻房屋安全的，如何解决?

【案情】

江久与罗蒙同是某村村民，两家院落相邻。江久在自家院落内邻近罗蒙房屋的位置种植了两棵梧桐树，其中一棵有10多年树龄，根深叶茂，对罗蒙院落和房屋的采光造成了一定的影响，树根部分延伸到罗蒙房屋的地基下，导致墙壁出现裂痕。另一棵小梧桐树由于树龄较短，影响不大。罗蒙与江久商议，要求其砍伐两棵梧桐树，并愿意给予其一定的经济补偿，遭到江久拒绝。罗蒙向人民法院提起诉讼。

【争鸣】

■原告罗蒙诉称，由于被告种植的梧桐树已经危及原告房屋安全，影响原告房屋及院落的采光，因此，请求人民法院判决被告砍伐其院落内的两棵梧桐树。

■被告江久辩称，在院落内种植梧桐树纳凉防晒是当地的传统，原告在自家院落内种植梧桐树，被告无权干涉。



【律师点评】

《物权法》第91条规定："不动产权利人挖掘土地、建造建筑物、铺设管线以及安装设备等，不得危及相邻不动产的安全。"不动产权利人在自己具有使用权的土地范围内进行工程建设等活动，需要注意相邻不动产的安全，避免使相邻不动产遭受不应有的损害。例

如，在自己的土地上开挖地基时，要注意避免使相邻土地的地基发生动摇，致使相邻土地上的建筑物受到损害；在与相邻不动产的交界处埋设水管时，要预防土沙崩溃、水或污水渗漏到相邻不动产；不动产权利人在相邻土地上的建筑物有倒塌的危险而危及自己土地及建筑物安全时，有权要求相邻不动产的权利人消除危险。

最高人民法院《关于贯彻执行〈民法通则〉若干意见》第103条规定："相邻一方在自己使用的土地上挖水沟、水池、地窖等或者种植的竹木根枝伸延，危及另一方建筑物的安全和正常使用的，应当分别情况，责令其消除危险，恢复原状，赔偿损失。"在本案中，被告在其院落内种植的大梧桐树由于邻近原告房屋，影响了原告房屋和院落的采光，特别是由于树根延伸到原告房屋地基下，造成原告房屋墙壁出现裂痕，危及房屋的安全。虽然被告对在其院落内种植的树木享有合法权益，但与原告对房屋的居住使用权相比较而言，房屋的重要性显然要比树木大得多，因为房屋是关系到公民安居生活最基本的生活资料，而树木只是宅基地等不动产的附属物，其有无不会对生活产生多大影响。因此，被告的梧桐树对原告的房屋造成了妨碍，应当清除；对于原告房屋造成的损害，被告还应当给予适当赔偿。

树木会自然生长，被告种植的小梧桐树虽然目前未对原告房屋的安全和正常使用造成影响，在长大后也会出现相同的问题，对于被告种植的小梧桐树是否也应当责令清除呢？相邻损害有两种情况，一种是损害事实已经发生，且损害状态持续存在，这种妨碍理所当然地应当排除。另一种是现在虽还未有损害发生，但确实存在危险状态，在目前或将来有很大的可能性发生损害。如在他人房屋邻近之处放置易燃、易爆物品、挖深沟等行为，这种危险因素构成妨碍，也毫无疑问应当排除。按照普通人的常识，这种危险性应当达到一定的程度，且如果不排除，则随时发生损害的可能性相当高。但如果要等将来很长时间才有可能发生某些危害，在目前相当一段时间内没有危险，发生

损害的概率也极小，则该行为或事实不能构成妨碍。与相邻权相对的是容忍义务，即对相邻权不能滥用，对相邻方在合理限度内使用邻地的行为，他方负有容忍的义务。本案中的小梧桐树目前还没有影响原告房屋的正常使用和安全，在将来一段时间内不会对原告构成威胁，至少从目前来看，没有危险因素存在，故不构成妨碍，原告的诉讼请求理由不成立。

《物权法》第85条规定："法律、法规对处理相邻关系有规定的，依照其规定；法律、法规没有规定的，可以按照当地习惯。"被告主张在院落内种植梧桐树纳凉防晒是当地传统，因此，原告无权干涉。被告所言的传统是否构成《物权法》上的习惯，从而作为审判依据，排除原告的干涉呢？由于我国《物权法》和其他法律对相邻关系的规定比较原则和抽象，而相邻关系的种类繁多且内容丰富，因此，在很多情况下需要依据习惯来裁判相邻关系纠纷。作为审判依据的习惯首先应当是沿袭多年且为当地多数人所认可和遵守的习惯，即这种习惯已经具有了习惯法的效力。同时，这种习惯不能违背法律、社会公共利益和善良风俗。例如，果树的枝蔓越界在邻里之间是常有的事，但越界枝蔓上的果实自落于邻地上，所有权应当归谁的问题，在法律上没有明确规定。在处理此类纠纷时，就应当以当地习惯作为裁判的依据。如果当地习惯是允许果树的所有人取回，法院应当支持果树所有人的主张；如果习惯承认邻地所有人取得果实的权利，则应当支持邻地所有人的主张。在本案中，当地种植梧桐树的传统与相邻关系纠纷的处理并不直接相关，有这样的传统并不意味着在自家院落内种植的树木危及相邻不动产，当事人可以不承担责任；而且，即便有相应的习惯，这种习惯也不能违背法律，在法律有明文规定的情况下，应当排斥习惯的适用。

处理此类纠纷，还应当遵循法律规定的相邻关系的一般原则。《物权法》第84条规定："不动产的相邻权利人应当按照有利生产、

方便生活、团结互助、公平合理的原则，正确处理相邻关系。”例如，张三的树木枝蔓蔓延到李四的院落内，李四以影响其房屋的采光为由要求砍伐。对照处理相邻关系的基本原则，首先要看越界枝蔓对李四的生活造成了多大的影响，再看砍伐越界枝蔓对张三的生产会有多大的影响，因为该树可能是经济价值较高的树木。然后依据有利生产、方便生活、团结互助、公平合理的原则，如果越界枝蔓严重妨害了李四房屋的采光，同时砍伐越界枝蔓对张三的生产损失不大，则应当支持李四的主张；相反，如果越界枝蔓对李四生活影响不大，但砍伐后对张三的生产会造成较大损失，则应当保留越界枝蔓，并由张三给予李四一定的经济补偿，从而促进邻里之间的团结和睦，公平合理地处理纠纷。

75. 新业主是否有权改变老业主与邻居协商形成的通道?

【案情】

姚夏与李红是邻居。李红的房屋和院落处于姚夏房屋、院落与公路之间。为了通行方便，经过两家协商，在李红院落的中间铺设了一条直行的通道，供两家进出，费用由姚夏承担。2007年初，李红将房屋转让给杜梅。杜梅迁入后，为了院落使用方便，将原有的通道拆除，改为沿院落墙角绕行。姚夏对此提出异议，认为原来的通道是经两家协商确定的，并且由自己出资铺设，杜梅无权改变。双方经协商未果，姚夏向人民法院提起诉讼。

【争鸣】

■ 原告姚夏提出，依照法律规定，对于建筑物范围内历史形成的必经通道，应当予以维持。对于在其院落内经原业主同意铺设的通道，被告擅自拆除，侵犯了原告的通行权，请求人民法院判决其恢复原状。

■ 被告杜梅提出，原告与原业主达成的通行协议对新业主没有约束力。而且，被告已经在院落内为原告通行另行开辟了通道，对于原告诉讼请求不能同意。



【律师点评】

根据《物权法》第87条的规定，“不动产权利人对相邻权利人

因通行等必须利用其土地的，应当提供必要的便利。”最高人民法院《关于贯彻执行〈民法通则〉若干意见》第100条规定：“一方必须在相邻一方使用的土地上通行的，应当予以准许；因此造成损失的，应当给予适当补偿。”第101条规定：“对于一方所有的或者使用的建筑物范围内历史形成的必经通道，所有权人或者使用权人不得堵塞。因堵塞影响他人生产、生活，他人要求排除妨碍或者恢复原状的，应当予以支持。但有条件另开通道的，也可以另开通道。”

从本案的情况看，杜梅的院落处于姚夏房屋、院落与公路之间，姚夏出行有必要利用其土地，杜梅对此应当提供便利。但在杜梅迁入之前，原业主李红与姚夏曾有协议：由姚夏出资在其院落中央铺设了通道。争议的起因就是新业主杜梅对于这一通道是否有权改变。首先，姚夏与李红的协议只对当事人双方产生效力，对于第三人没有约束力。也没有证据证明杜梅事先知晓这一协议，并表示接受。其次，依据最高人民法院司法解释的规定，虽然对于历史形成的通道，建筑物的所有人无权堵塞，但在具备条件的情况下，也可以另开通道，以方便所有人使用建筑物，减轻其负担。杜梅拆除了原有的位于院落中央的直行通道，是为了更方便使用院落，并在院落墙角处开辟了绕行的通道，可以满足原告的生活需要。所以，原告要求被告将通道恢复原状的诉讼请求理由不成立。

76. 大厦玻璃幕墙造成光污染的，如何解决?

【案情】

曹伟家的对面盖起了一座高达20多层的商厦。整座大厦的外墙用玻璃幕墙进行装饰，由于玻璃幕墙反射强烈的日光，对曹伟及其家人的生活造成了严重的干扰。只要一拉开窗帘，强烈的光线就会反射到房间里，把人照得头晕目眩。曹伟一家不堪其扰，找到该商厦的产权人，要求停止侵害并赔偿损失。但该商厦产权人某公司置之不理，无奈之下，曹伟向人民法院提起诉讼。

【争鸣】

■原告曹伟诉称，某大厦安装的玻璃幕墙造成了严重的光污染，影响了原告的正常生活和身体健康，侵犯了原告的相邻权益，请求人民法院判决被告停止侵害并赔偿损失。

■被告某公司辩称，高层大厦以玻璃幕墙进行外墙装饰是普遍存在的情况。如果当事人均以光污染为由要求拆除玻璃幕墙并赔偿损失，将给产权人和整个建筑行业造成巨大的影响。况且，原告完全可以通过安装窗帘等方式减弱玻璃幕墙的反光影响。因此，不同意原告的诉讼请求。



【律师点评】

《物权法》第90条规定："不动产权利人不得违反国家规定弃置

固体废物，排放大气污染物、水污染物、噪声、光、电磁波辐射等有害物质。”相邻不动产的一方在处理固体废物，排放大气污染物、水污染物、噪声、光、电磁波辐射等有害物质时，应当与相邻不动产保持距离，采取相应的防范措施，以免对相邻不动产及其权利人造成损害。例如，《固体废物污染环境防治法》第16条规定：产生固体废物的单位和个人，应当采取措施，防止或者减少固体废物对环境的污染。第17条第1款规定：“收集、贮存、运输、利用、处置固体废物的单位和个人，必须采取防扬散、防流失、防渗漏或者其他防止污染环境的措施；不得擅自倾倒、堆放、丢弃、遗撒固体废物。”在相邻关系中，不动产权利人不得违反国家规定的标准向相邻不动产倾倒、堆放、丢弃、遗撒固体废物。

在建筑施工的过程中，施工现场的粉尘超过国家规定的标准的，相邻建筑物的权利人可以要求停止侵害、赔偿损失。在相邻关系中，不动产向相邻不动产施放噪声是难免的，但是要控制施放噪声的分贝以及施放噪声的时间，不得影响相邻不动产的正常生产、生活。随着无线电技术的发展，电磁波的污染也日益受到社会的重视，构成了相邻关系的内容之一。《广播电视设施保护条例》第11条规定：“广播电视信号发射设施的建设，应当符合国家有关电磁波防护和卫生标准；在已有发射设施的场强区内，兴建机关、工厂、学校、商店、居民住宅等设施的，除应当遵守本条例有关规定外，还应当符合国家有关电磁波防护和卫生标准。”

在现代化城市中，光污染也是一个日益突出的问题。由高层建筑的玻璃幕墙以及霓虹灯等造成的光污染越来越多，给相邻不动产的权利人造成了日趋严重的干扰和损害。玻璃幕墙的光污染是指高层建筑的幕墙上使用了涂膜玻璃或镀膜玻璃，当光线照射到玻璃表面时，由于反射所产生的眩光，其反射光比日光更为强烈，夏日将阳光反射到居室中，强烈的光线将破坏家居的良好氛围，也使室温平均升高4～

6 度。长期在光污染环境下生活的人，容易导致视力下降、头晕目眩等疾病。本案即是典型的一例。由于被告所有的商厦造成的严重光污染，已经给原告的正常生活带来了干扰，长此以往，还将损害原告的身体健康。原告要求其停止侵害并赔偿损失，理由成立。

但在实践中，由于使用玻璃幕墙的都是大型建筑，要求其停止侵害、拆除玻璃幕墙难度较大，可行的方法是由被告赔偿原告的经济损失，但原告仍然需要忍受光污染，或者自行采取措施减轻影响。从根本上解决此类问题，还需要国家出台相关法规，限制玻璃幕墙的使用，或者在安装玻璃幕墙时采取一定的环保措施，减轻光污染的产生。建筑单位在建筑设计方面，也要考虑可能给相邻不动产造成的污染影响。

77. 为观赏海景与相邻土地所有人约定不得修建房屋的，对承包经营人是否有效？

【案情】

常永是一家民营企业的老板。2005年，常永斥巨资在某滨海城市购买了一幢地处海边的别墅。该别墅地理位置极佳，站在客厅里即可眺望大海。别墅正面是某村所有的一片荒滩。为了保证自己的视野不受影响，常永与某村村委会约定：某村不得在该荒滩上修建建筑物。确有必要修建的，要经过常永同意，不得影响别墅的视野。作为补偿，常永每年支付给某村3万元。双方到有关部门办理了登记备案。2006年，某村将该片荒滩承包给黄兴经营养殖业。取得荒滩的承包经营权后，黄兴拟修建一座两层楼房，作为生产经营之用，选定的位置恰好在常永别墅的正面，对别墅的视野将产生很大的影响。常永向黄兴提出异议，但遭其拒绝，遂向人民法院提起诉讼。

【争鸣】

■ 原告常永诉称，原告与第三人某村村委会曾达成协议，在该片荒滩上不得修建影响别墅视野的建筑物。确需修建的，也要经过原告同意。该协议合法有效，并经有关部门登记，作为承包经营人的被告应当受其约束。被告未经原告同意，在荒滩上修建建筑物，违背上述协议的约定，侵犯了原告的权益，请求人民法院判决其停止侵权行为，排除妨害。

■ 被告黄兴辩称，原告与第三人签订的协议仅对当事人双方具

有约束力，被告对此并不知情，不受其约束。况且，原告阻挠他人在其所有和承包经营的土地上修建房屋和进行生产经营活动，妨害他人合法权利的行使，于法无据。



【律师点评】

原告的别墅与被告承包经营的荒滩地理位置相邻，原告能否主张相邻权来排除被告的妨害呢?《物权法》第7章“相邻关系”中，只规定了相邻用水排水、通行、管线铺设、通风采光日照、危险物质施放、危险防止六种相邻关系，对于“眺望权”、“观赏权”等权利并没有作出明确的规定。因此，目前来说，居民是不能依据相邻关系来主张自己的“眺望权”、“观赏权”等权利的。这是因为，法律之所以规定相邻关系，是为了保证相邻的一方能正常和充分地行使其土地或房屋的权利，以满足权利人基本的生产和生活需要，同时达到“物尽其用”的目的。因此法律强行规定，相邻的土地或房屋等不动产所有人或使用人之间，一方行使权利必需时，有权要求另一方提供必要便利或接受必要限制。

这种法律的强制性决定了一方基于相邻关系拥有的权利的类型和内容，只能限制在保证其为了生产生活的基本需要而正常行使权利的最低限度内。例如，房屋的通风、采光、日照都是居住生活必需的，否则会给居民的健康造成影响，因此法律规定，建筑物不能妨害相邻建筑的通风、采光和日照权利。同时考虑到该建筑物权利人本身的利益，以及土地资源紧张的现实情况，规定要依据国家有关的工程建筑标准来判断妨碍与否，从而平衡相邻双方的利益。

然而，“眺望权”、“观赏权”等权利类型，保障的是居住者视野的开阔，以及由此所带来的一种精神上的愉快，从我国目前经济发展

的水平来看，这种权利要求显然已经超出了正常生活需要的限度。如果将其纳入相邻权利的范畴，强行要求相邻一方保证另一方的眺望权、观赏权，无疑给其权利造成了过多限制，结果只会阻碍城市的发展。此外，“眺望”、“观赏”大多是一种主观心态，缺乏客观判定标准。因此，基于目前我国社会经济发展的需要，《物权法》并没有赋予相邻一方“眺望权”、“观赏权”等超出基本生活需求的相邻权利。居民不能够像主张通风、采光、日照的权利那样，要求相邻的建筑或设施不阻挡自己视线、妨碍观赏美景。

居民虽然不能通过相邻关系来保护自己的“眺望权”、“观赏权”，但可以通过与相邻权利人签订合同来约定享有这些权利，也就是在相邻土地上设定地役权。《物权法》第156条规定：“地役权人有权按照合同约定，利用他人的不动产，以提高自己的不动产的效益。前款所称他人的不动产为供役地，自己的不动产为需役地。”所谓地役权，是指为自己土地的便利而使用他人土地的权利。在地役权关系中，为自己土地的便利而使用他人土地的一方称为地役权人，又称需役地人，将自己的土地供他人使用的一方称为供役地人；需要提供便利的土地称为需役地，供地役权人使用的土地称为供役地。

设定地役权的目的并不在于使用他人的土地，而在于为自己土地的使用提供便利，以增加自己土地的效用，提高利用价值。所谓的“便利”，系指方便利益，其内容只要不违反法律或公序良俗，可以由当事人自行约定。便利的内容既可以是有财产价值的利益，如通行地役权的通行利益，也可以是非财产的利益，如眺望地役权的美观舒适利益；既可以是为需役地提供现实利用土地的利益，也可以是为需役地提供将来利用土地的利益；既可以是为需役地的直接便利，也可以是为需役地的间接利益。

地役权是《物权法》规定的一个新制度，目的就是为了弥补相邻关系的不足，为相邻一方进一步利用相邻土地提供途径。所以，地

役权与相邻关系一样，都是为了权利人行使土地权利的方便或为了自己的利益，对相邻人的土地权利进行限制。二者的不同在于，相邻关系是为了满足权利人的基本生活生产需要，基于两块土地位置相邻自然产生的，是由法律直接强制规定的权利义务关系。地役权也是以土地相邻为基础，但是由相邻人之间协商约定的，目的不仅仅是满足基本生活生产需要，而是为了使权利人更方便地行使权利以及获得更多利益，从而对相邻另一方的权利作出更多限制。比如，一方通行时本来不需要经过邻居家的院子，但是为了节省时间、少走弯路，于是与邻居商量，允许自己穿越其院子通行。总之，不属于相邻关系规定的利用邻居土地的形式，都可以通过设定地役权的方式来实现。

因此，如果居民不想视野被相邻土地上的建筑遮挡，就可以通过与相邻土地的权利人协商签订地役权合同，来获得“眺望权”、“观赏权”等相邻关系中没有规定的权利。同时，由于这种地役权合同是双方自愿达成的，因此各方都应该按照合同约定行使权利、履行义务。在本案中，原告与第三人某村村委会签订的不得在荒滩上修建影响别墅视野的建筑物的协议，就是一个典型的地役权合同。通过地役权的设定，原告保证了其别墅的观赏权、眺望权，增加了使用不动产的便利和效益。

《物权法》第158条规定：“地役权自地役权合同生效时设立。当事人要求登记的，可以向登记机构申请地役权登记；未经登记，不得对抗善意第三人。”原告与第三人的地役权合同经过有关部门的登记，取得了对抗善意第三人的法律效力。被告声称其对该协议不知情，不受其约束，理由不成立。因为该合同已经登记备案，只要被告尽到合理的注意义务，就会了解到该片土地上存在先行设定的地役权。如果被告未查阅有关部门的登记文件，是被告自身的过错，不能排除其义务。

《物权法》第162条规定：“土地所有权人享有地役权或者负担

地役权的，设立土地承包经营权、宅基地使用权时，该土地承包经营权人、宅基地使用权人继续享有或者负担已设立的地役权。”根据上述法律规定，作为荒滩，即供役地的承包经营人，应当受到经土地所有人——某村村委会——设定的地役权的约束，承担供役义务。在原告与第三人合同有效期内，被告承包经营该土地，不得修建影响别墅视野的建筑物，确需修建的，也要经过原告同意。

78. 不按合同使用供役地并拖延缴纳约定费用的，如何解决？

【案情】

林晓是某村村民。在其房屋与承包土地之间是村民林辉的承包地，为了方便起见，两人约定：林晓及其耕作土地的牲畜可以从林辉的土地穿行；作为报酬，林晓土地上的秸杆全部归林辉所有。但在协议履行过程中，两人发生矛盾，林晓的牲畜在通行时多次践踏林辉的作物，林辉几次提出异议，但践踏的情况还时有发生。林辉提出解除协议，禁止林晓再利用其土地通行，但遭到对方拒绝。2007年秋，林辉发现按照协议应当归自己所有的林晓土地中的秸杆被其自行采集、存放，遂多次向其索要。林晓置之不理，并且继续利用林辉的土地通行。由于不能协商解决，林辉向人民法院提起诉讼。

【争鸣】

■ 原告林辉诉称，被告在利用其土地通行的过程中，不注意约束其牲畜，给原告造成了损失。同时，被告未按照约定将应当归原告所有的农作物秸杆交付给原告，作为使用原告土地的报酬。请求人民法院判决被告按照协议履行义务，支付原告的报酬，同时请求解除双方已达成的协议，禁止被告再利用原告土地通行，赔偿造成的损失。

■ 被告林晓辩称，自己按照协议的约定利用原告土地通行，没有违约行为，原告要求解除协议，赔偿损失，理由不成立。同意将农作物秸杆交付给原告。



【律师点评】

需要明确的是，本案被告利用原告土地通行，主要是为了减少从其住宅到承包地的路程，是为了便利起见，不符合《物权法》第87条规定的“不动产权利人对相邻权利人因通行等必须利用其土地的，应当提供必要的便利”的情况。因此，被告不能以相邻权来主张利用原告的土地，原告也没有法律规定的强制性义务来提供此通行便利。原告的通行权是根据双方的协议取得的，属于地役权。当事人双方根据地役权合同的约定来享有权利，承担义务。

《物权法》第159条规定：“供役地权利人应当按照合同约定，允许地役权人利用其土地，不得妨害地役权人行使权利。地役权设立后，供役地权利人应当按照合同的约定履行自己的义务。”在地役权人利用供役地时，多多少少会给供役地权利人带来不便。对于供役地权利人来说，必须要按照合同的约定，向地役权人提供土地，并要容忍供役地上的负担。这些负担包括允许他人利用自己的土地，对自己行使土地的权利进行的某种限制，放弃部分使用自己土地的权利，有时甚至还必须容忍对供役地造成某种程度上的损害。但对供役地权利人诸多的约束行为，都是事先在合同中作了规定的。供役地权利人在负有容忍或者不作为义务的同时也获得了一定的补偿。民事关系最主要的原则之一就是权利义务平等，有义务必然有权利。供役地权利人之所以允许地役权人利用自已的土地，在很大程度上也是为了获取一定的租金。

在本案中，原告同意被告及其耕作用的牲畜利用其土地通行，就包括容忍被告及其牲畜对其土地上的农作物造成一定损害的义务。只要被告尽到了足够的注意义务，仍然无法避免牲畜对农作物的践踏，就没有违反合同的约定，没有超出原告应当予以容忍的限度。因此，

在原告没有提供证据证明被告疏于注意，违反合同约定，滥用地役权的情况下，以此来要求解除合同并要求赔偿损失，理由不成立。

《物权法》第160条规定："地役权人应当按照合同约定的利用目的和方法利用供役地，尽量减少对供役地权利人物权的限制。"设定地役权的目的在于为自己土地的使用提供便利，以增加自己土地的效益，提高土地的利用价值。地役权人在取得地役权的同时，也应当履行以下义务：首先，要按照合同约定的利用目的和方法利用供役地。例如，约定的是通行权，地役权人就只能从供役地通行而不能从事其他的行为。如果合同约定的通行方法只能是步行通过供役地，那机动车就不得穿行。地役权人通过利用供役地达到了自己通行的目的，也就提高了自己土地的效益。

其次，要尽量减少对供役地权利人物权的限制。地役权的实现，是供役地权利人为了需役地的便利而承受的负担。因此，地役权人按照合同约定的利用目的和方法利用供役地时，应当采取对供役地损害最小的方法为之，在利用供役地的同时，不要过分损害其利益。在某些情况下，为了实现地役权设定的目的，地役权人在供役地上需要修筑一些必要的附属设施，例如为了取水权的实现，要在供役地上修建水泵；或者为了通行权的实现，要在供役地上设置路灯而修筑电线杆等。地役权人从事述此行为必须是必要的、不得已的。不修建附属设施，地役权就不能有效实现。尽管必要，但也要求地役权人要采取适当的方法，尽量选择对供役地损害最少的方法行之。尽可能减少对供役地权利人物权的限制。所以，本案被告也承担着利用原告土地通行时的注意义务，尽量避免给原告的土地和农作物造成损失。如果被告违反了此义务，原告有权要求其承担违约责任。

《物权法》第168条规定："地役权人有下列情形之一的，供役地权利人有权解除地役权合同，地役权消灭：（一）违反法律规定或者合同约定，滥用地役权；（二）有偿利用供役地，约定的付款期间

届满后在合理期限内经两次催告未支付费用。”根据上述法律规定，在具备以下两种情况时，供役地权利人有权解除地役权合同：第一，地役权人违反法律规定或者合同约定，滥用地役权。地役权设定后，地役权人与供役地权利人的任何一方都不得擅自解除地役权合同，但如果地役权人违反法律规定或者合同约定，法律赋予了供役地权利人解除地役权合同的权利。如地役权人超越土地利用的范围不按约定的方法利用供役地等，就属于滥用地役权。

第二，有偿利用供役地，约定的付款期间届满后在合理期期限内经两次催告未支付费用。地役权合同是否有偿，由地役权人和供役地权利人约定。如果地役权为有偿，那么，地役权人必须按照合同的约定履行付款义务。如果地役权人无正当理由，在合同约定的履行期间届满后，没有按照合同约定支付供役地权利人费用的，而且在一个合理期限内经两次催告，地役权人仍不履行付款义务的，表明地役权人没有履行合同的诚意，或者根本不可能再履行合同，供役地权利人可以解除地役权合同。否则，不仅对供役地权利人不公平，而且还会给其造成更大的损失。供役地权利人解除地役权合同的，地役权消灭。

本案被告应当按照合同约定将其土地上的农作物秸杆交付给原告，作为使用其土地的费用。但被告未按照合同履行义务，经原告多次催告后仍不履行，致使进入诉讼程序。虽然被告在诉讼中同意支付费用，但按照上述法律规定，应当赋予原告解除合同的权利。

小区物业纠纷



79. 经业主同意在其外墙设置的灯箱广告，其他业主能否要求拆除？

【案情】

郝琳是某住宅楼三楼302室的业主。该住宅楼一楼、二楼为商铺。位于302室下方的为某休闲中心，该休闲中心为了将室外广告设置在更加醒目的位置，遂与郝琳协商，在其房屋临街外墙设置广告灯箱。经郝琳同意，休闲中心在其房屋临街一面的窗台下悬挂了广告灯箱。没过多长时间，该灯箱由于焊接不牢向外倾斜，随时有坠落危险；而且，广告灯箱通宵开启，影响了两侧和楼上业主的休息。其他业主以存在安全隐患和日常休息受到干扰为由，要求休闲中心拆除广告灯箱，休闲中心则认为广告灯箱的设置已经相关业主同意，其他业主无权干涉，拒绝拆除。多名业主遂联名提起诉讼。

【争鸣】

■ 原告该住宅楼其他业主诉称，被告未经该住宅楼全体业主同意，在楼房外墙设置广告灯箱，造成安全隐患，而且灯箱在夜间通宵开启，影响周围房屋的正常采光和业主休息，侵犯了业主的合法权益，请求人民法院判决被告排除妨害，消除危险。

■ 被告某休闲中心辩称，该广告灯箱设置于302室临街外墙，已经302室业主同意，其他业主无权干涉。对于该广告灯箱存在的安全隐患，被告愿意采取措施加固；由于灯箱夜间开启给其他业主生活造成的影响，被告表示歉意，并愿意作出补偿，如给其发放优惠卡等。



【律师点评】

对本案的分析，应当从《物权法》所规定的业主建筑物区分所有权开始。本案中的住宅楼属于区分所有建筑物。该楼房被修建划分为数个具有独立使用价值的部分，如第几层的第几号房，这些部分被数个不同的所有权人分别所有，并在房屋行政管理机关予以单独分别登记。这种在结构上可以被区分为数个具有构造上和使用上的独立功能的部分，且区分部分由不同所有人所有的建筑物被称为区分所有建筑物。区分所有建筑物包括专有部分和共有部分，独立使用并被登记的部分即是专有部分，除此专有部分外共用的部分即为共有部分，共有部分是基于为了成就专有部分的功用而存在，没有专有、共有区分的建筑物不是区分所有建筑物。如楼房中楼梯、屋顶、电梯、外墙、门厅、楼道等均属于该区分所有建筑物的共有部分，而楼内的成套房屋则属专有部分。通常典型的共有是不同所有权人对建筑物不分部分针对建筑物全部的共有，如数个继承人对一套房屋的共有，该房屋则不为区分所有建筑物。

《物权法》第70条规定："业主对建筑物内的住宅、经营性用房等专有部分享有所有权，对专有部分以外的共有部分享有共有和共同管理的权利。"业主的建筑物区分所有权是指业主对建筑物内的住宅、经营性用房等专有部分享有的所有权，对电梯、楼梯、屋顶、电梯、外墙、门厅、楼道等共有部分享有的共有权和共同管理权的结合。《最高人民法院关于审理建筑物区分所有权纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》第3条第1款规定："除法律、行政法规规定的共有部分外，建筑区划内的以下部分，也应当认定为物权法第六章所称的共有部分：（一）建筑物的基础、承重结构、外墙、屋顶等基本结构部分，通道、楼梯、大堂等公共通行部分，消防、公共照明等附

属设施、设备，避难层、设备层或者设备间等结构部分；（二）其他不属于业主专有部分，也不属于市政公用部分或者其他权利人所有的场所及设施等。”

《住宅专项维修资金管理办法》第3条规定：“本办法所称住宅共用部位，是指根据法律、法规和房屋买卖合同，由单幢住宅内业主或者单幢住宅内业主及与之结构相连的非住宅业主共有的部位，一般包括：住宅的基础、承重墙体、柱、梁、楼板、屋顶以及户外的墙面、门厅、楼梯间、走廊通道等。本办法所称共用设施设备，是指根据法律、法规和房屋买卖合同，由住宅业主或者住宅业主及有关非住宅业主共有的附属设施设备，一般包括电梯、天线、照明、消防设施、绿地、道路、路灯、沟渠、池、井、非经营性车场车库、公益性文体设施和共用设施设备使用的房屋等。”

《物权法》第72条第1款规定：“业主对建筑物专有部分以外的共有部分，享有权利，承担义务；不得以放弃权利不履行义务。”对于区分所有建筑物的共有部分，业主享有的权利包括：有权按共有部分的用途加以使用，他人无权限制和干涉；有权分享共有部分的收益。如果将共有部分用于营利性使用，则其收益由业主分享。承担的义务包括：业主应维护共有部分的正常使用状态，不得随意改动共有部分的设置和结构，不得侵占共有部分；应负担共有部分的正常费用，对于为使用、维修、管理共有部分所支出的费用，业主有分摊的义务。

为了尽量发挥区分所有建筑物共有部分的效益，一些特定的共有部分可以出租给他人使用，如在楼道的墙壁安置电视广告、电梯的箱壁上设置广告牌等。但由于这些部分的共有性质，出租应当得到全体业主的同意，收益也应当归全体业主所有，例如作为公共维修基金。业主行使权利的途径可以是通过业主大会制定区分所有建筑物共有部分使用的规章制度。例如授权物业公司将特定的共有部分对外出租，

并将收益纳入公共维修基金。

同时，共有部分出租时，不能损害特定业主的相邻权。区分所有建筑物的相邻关系不同于通常的建筑物相邻关系，通常相邻关系发生在独立的单独所有权建筑物之间，而区分建筑物相邻关系既包括专有部分之间的相邻，如楼上与楼下业主之间的相邻；也包括专有与共有之间的相邻，如底层房屋与楼外空地的相邻、房屋与外墙的相邻。共有部分的出租使用，不得损害专有部分的功用和共有部分的基本功用。例如，租用区分所有建筑物外墙设置广告，不得影响特定业主房屋的采光、通风等；共有部分的出租使用也不能影响共有部分的基本功用，此基本功用即指为满足各业主使用其专有部分而存在的功用，如楼道设置广告体积过大或灯光过强，损及行人行走。

通过以上分析，本案中被告在该住宅楼外墙设置灯箱广告，首先没有经过法定程序。即便全体业主在通过业主大会制定的关于区分所有建筑物共有部分使用的规章制度中规定可以出租外墙设置室外广告，被告也必须经过规章制度授权的单位和个人来租用建筑物外墙，而不能由个别业主擅自决定。其次，该灯箱广告存在安全隐患，而且灯箱通宵开启，影响相邻房屋的正常采光和业主的夜间休息，早晨光污染，损害了业主的相邻权。即便是经过法定程序租用外墙设置广告灯箱，如果没有相邻业主的许可，该广告灯箱也不能合法存在。该广告灯箱既未经合法程序设置，又侵犯了全体业主的人身安全和特定业主正常休息等方面的相邻权益。《物权法》第35条规定："妨害物权或者可能妨害物权的，权利人可以请求排除妨害或者消除危险。"第83条规定："业主大会和业主委员会，对任意弃置垃圾、排放污染物或者噪声、违反规定饲养动物、违章搭建、侵占通道、拒付物业费等损害他人合法权益的行为，有权依照法律、法规以及管理规约，要求行为人停止侵害、消除危险、排除妨害、赔偿损失。业主对侵害自己合法权益的行为，可以依法向人民法院提起诉讼。"《最高人民法院

关于审理建筑物区分所有权纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》第14条规定:“建设单位或者其他行为人擅自占用、处分业主共有部分、改变其使用功能或者进行经营性活动,权利人请求排除妨害、恢复原状、确认处分行为无效或者赔偿损失的,人民法院应予支持。”第15条规定:“业主或者其他行为人违反法律、法规、国家相关强制性标准、管理规约,或者违反业主大会、业主委员会依法作出的决定,实施下列行为的,可以认定为物权法第八十三条第二款所称的其他‘损害他人合法权益的行为’:(一)损害房屋承重结构,损害或者违章使用电力、燃气、消防设施,在建筑物内放置危险、放射性物品等危及建筑物安全或者妨碍建筑物正常使用;(二)违反规定破坏、改变建筑物外墙面的形状、颜色等损害建筑物外观;(三)违反规定进行房屋装饰装修;(四)违章加建、改建,侵占、挖掘公共通道、道路、场地或者其他共有部分。”原告要求被告排除妨害,消除危险的诉讼请求,理由成立。

80. 未经业主同意，开发商能否将小区会所改建为商场？

【案情】

南苑小区的开发商在售楼时承诺：在该小区中心位置建一处大型会所，供业主休闲娱乐。但该小区的业主入住后发现，该会所正在被开发商改建为商场。业主们纷纷提出抗议，但开发商置之不理，经多次上访未果后，业主集体提起诉讼，请求判决开发商停止侵权行为。

【争鸣】

■ 原告诉称，当初小区业主在购房时，开发商承诺将建立大型会所，并将会所面积计入业主的公摊面积。该会所应当属全体业主共有。开发商未经业主同意，擅自改建会所，侵犯了业主的合法权利。

■ 被告辩称，在业主签订的购房合同中，被告并未承诺将会所的产权转移给全体业主所有。该会所产权归属于开发商，被告根据实际情况对原建设规划进行调整，并无不当。



【律师点评】

本案争议的焦点是小区会所究竟是属于业主共有还是归开发商所有。对于城市居民小区建筑区划内属于业主共有的范围，《物权法》第73条规定："建筑区划内的道路，属于业主共有，但属于城镇公共道路的除外。建筑区划内的绿地，属于业主共有，但属于城镇公共绿

地或者明示属于个人的除外。建筑区划内的其他公共场所、公用设施和物业服务用房，属于业主共有。”

道路与绿地是为全体业主所必需的公用配套设施，开发商应当按照法律规定的标准为小区全体业主保留道路与绿地。因此，在法定标准之内的道路与绿地都属于全体业主共有，但属于城镇公共道路、公共绿地的除外，另外，如果是法定标准之外的绿地，开发商单独将这一部分卖给私人业主的话，这部分绿地则属于购买者个人所有。

建筑区划内的其他公共场所、公用设施和物业服务用房为全体业主管理物业和日常生活所必需，保障小区居民有较高的生活水平的物质基础，必须归属于全体业主共有，这样才能够保证全体业主的生活质量和共同管理权的实现。小区的业主在购买专有部分的商品房时已经为此付出了对价。所以在权属上此部分归小区的业主共同所有。《物业管理条例》还规定：未经业主大会同意，物业服务企业不得改变物业服务用房的用途（第 38 条）。

《物权法》没有明确规定小区会所的归属问题。从房地产经营的实际情况来看，提供健身、娱乐等服务的会所，绝大多数是作为独立的房屋由开发商出售或者出租经营的，一般不作为建筑物的附属设施归业主共有。因此，会所的产权应当由购房合同来明确约定是属于开发商所有还是业主共有。如果合同没有约定或约定不明确的，除非开发商能够证明归其所有，否则属于全体业主共有。关于会所产权归属的重要证据，就是会所的土地使用权是否计入公摊面积，如果没有计入整个建筑物的公摊面积的话，则可以认定为归开发商所有。相反，如果把会所的土地使用权计入业主的公摊面积的话，会所的产权就应当归全体业主共有。

南苑小区会所的建筑面积既然计入了业主的公摊面积，业主在购买专有部分建筑物时已经分摊了会所的成本，该会所的产权自然归属

于全体业主。开发商未经产权所有人同意，擅自改建会所，侵犯了业主的合法权利。根据《物权法》第76条的规定，改建、重建建筑物及其附属设施的，应当经专有部分占建筑物总面积三分之二以上的业主且占总人数三分之二以上的业主同意。会所的改建必须经过人数和专有建筑物面积均占2/3以上的业主的同意，才能实施。

81. 业主擅自“民改商”的，如何解决？

【案情】

李树森是某居民小区业主。2007年6月，李树森在家中办起了电脑培训班和网吧，客厅和卧室内摆上了几十台电脑。由于电脑太多，造成用电超负荷，引起同一层楼其他业主家的电压不稳，电器无法正常使用。其他业主多次找其交涉，但李树森认为，自己在家中搞电脑培训，与其他人无关，自己的房子想怎么用就怎么用。邻里之间发生矛盾，其他业主在多次告诫无效的情况下，向人民法院提起诉讼。

【争鸣】

■ 原告该楼层其他业主诉称，李树森擅自将住宅改变用途，造成该楼层用电超负荷，电压不稳，给其他业主的正常生活带来了影响。请求人民法院判决其停止侵害。

■ 被告李树森辩称，作为业主，对自己的房屋享有所有权和使用权，完全可以按照自己的意愿来决定如何使用房屋，包括用于商业用途。其他人无权干涉。



【律师点评】

住宅作为建筑物区分所有中属于业主专有的部分，业主在其上享有排他的支配权，这也是国家保障公民个人财产权的应有之义，业主

可以按照自己的意愿来决定如何使用房屋。但是如果容忍业主可以毫无限制地利用自己的房屋，就会带来新的问题。实践中，尤其是在小区一楼居住的居民由于所处的位置特殊，把住宅改为商用往往可以带来更大的经济利益。在住宅楼内从事商业活动，尤其是像餐饮、娱乐等营业活动不仅会影响小区内的安宁，更会造成住宅配套资源的紧缺，如车位的紧张、电梯的拥堵、用电的超负荷等，这些都会给楼内居民的日常生活带来诸多不便。从而造成邻里不和，引发社会矛盾，这是当前物业小区主要矛盾之一。同时，还容易产生安全隐患，例如，来往小区的人员过多，造成楼板的承重力过大，外来人员流动快且杂，增加了小区不安全、不安定的因素，防火防盗压力大，隐患多。

住宅的超负荷运转，也必将大大降低住宅硬件配套设施的使用寿命，给楼内其他居民造成一定的经济损失。此外，在住宅楼内从事商业活动，也增加了物业公司硬件设施维修及管理运营等成本，也会影响日后的物业管理服务水平，最终受到影响的还是业主。这些不仅对居住的居民有很大影响，甚至还会影响物业的长期升值。大量的民改商现象的存在，还会破坏城市的规划，造成国家税费大量流失。本来某个地区的住宅是规划用来居住的，但由于将住宅大量改为经营性用房，用于商业目的，结果造成该地区交通拥堵、人满为患。

所以，《物权法》第77条规定："业主不得违反法律、法规以及管理规约，将住宅改变为经营性用房。业主将住宅改变为经营性用房的，除遵守法律、法规以及管理规约外，应当经有利害关系的业主同意。"《最高人民法院关于审理建筑物区分所有权纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》第11条规定："业主将住宅改变为经营性用房，本栋建筑物内的其他业主，应当认定为物权法第七十七条所称'有利害关系的业主'。建筑区划内，本栋建筑物之外的业主，主张

与自己有利害关系的，应证明其房屋价值、生活质量受到或者可能受到不利影响。”业主不得随意改变住宅的居住用途，是业主应当遵守的最基本的准则，也是业主必须承担的一项基本义务。如果确有需要改变住宅的用途，必须遵守法律、法规和管理规约的规定，如要办理相应的审批手续，要符合国家卫生、环境保护要求等。在遵守法律、法规和管理规约的前提下，还要征得有利害关系的业主的同意。这两个条件必须同时具备，才能将住宅改变为经营性用房，缺一不可。其他法律、法规也有类似的规定，例如《物业管理条例》第50条规定：“物业管理区域内按照规划建设的公共建筑和共用设施，不得改变用途。业主依法确需改变公共建筑和共用设施用途的，应当在依法办理有关手续后告知物业服务企业；物业服务企业确需改变公共建筑和共用设施用途的，应当提请业主大会讨论决定同意后，由业主依法办理有关手续。”

将住宅改变为商业用房的，应当经有利害关系的全体业主同意，这里的“有利害关系的业主”指的是所有可能受到住宅改为商业用房影响的业主，只有这些业主的一致同意，才能最终实现将住宅改为经营性用房的目的。这里要求的是绝对一致而非多数一致，即只要有一个“有利害关系的业主”不同意，就不能将住宅改为经营性用房。当然并不是小区内所有的业主都有否决的权利，否则就可能造成对于开展营业的权利人的不当限制和干预。至于在实践中如何来确定“有利害关系的业主”，即谁有权否决掉“住改商”，需要就营业的具体性质来看，比如说，在住宅楼内开办从事互联网业务的公司，只需要几个人几台电脑就可以，对周围的居民造成的影响有限，这时就应该将“有利害关系的业主”限制在较小的范围内，比如说同层的及上下层的住户；而如果是开餐厅，这时“有利害关系的业主”的范围可能就包括整幢楼里的住户。

对于“业主”一词，应当作扩大理解。不仅是业主改变房屋

的用途，也应当包括承租人等房屋的实际利用人在内，同样，和房屋改为经营用途有利害关系的也不应仅限于周围的业主，那些周围房屋的承租人等实际上受到影响的人都应该有否决的权利，因为限制房屋改为商业用途主要在于调和“住改商”房屋的使用人和受其影响的人之间的利益关系。在有的情况下业主可能并不会在意旁边的房子干什么用，尤其是当他将房子租出去而不在小区住，不受该营业行为影响的情况下，可能更不会贸然得罪“老邻居”，因此不应忽视那些实际使用人的利益，应当赋予他们否决权。

对于类似李树森这样的业主未经其他业主同意，擅自进行“民改商”的行为，受到影响的业主该如何保护自己的权益呢？《最高人民法院关于审理建筑物区分所有权纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》第10条规定：“业主将住宅改变为经营性用房，未按照物权法第七十七条的规定经有利害关系的业主同意，有利害关系的业主请求排除妨害、消除危险、恢复原状或者赔偿损失的，人民法院应予支持。将住宅改变为经营性用房的业主以多数有利害关系的业主同意其行为进行抗辩的，人民法院不予支持。”所以，其他业主可以要求物业公司出面制止，也可以向行政主管部门举报。如果李树森开办电脑培训和网吧的行为未经审批，工商部门和文化部门有权对其查处。

也可以向人民法院提起诉讼，即本案的受害业主采取的方式。《物权法》第84条规定：“不动产的相邻权利人应当按照有利生产、方便生活、团结互助、公平合理的原则，正确处理相邻关系。”《民法通则》第83条规定：“不动产的相邻各方，应当按照有利生产、方便生活、团结互助、公平合理的精神，正确处理截水、排水、通行、通风、采光等方面的相邻关系。给相邻方造成妨碍或者损失的，应当停止侵害，排除妨碍，赔偿损失。”李树森擅自改变住宅用途，已经给其他业主的生活带来了影响，侵犯了其他业主的

相邻权，应当停止侵害，如果造成了其他业主财产损失，还应当赔偿损失。

根据《物权法》的规定，业主在将住宅改变为商业用房时不得违反法律、法规和管理规约。也就是说，不仅法律、法规可以对住宅变更用途作出限制，作为约束所有业主的管理规约也有权根据小区的具体情况，对住宅的用途改变作出必要的限制，以维护小区内所有住户的利益。小区的业主要善于利用管理规约，因为它相当于小区内的“宪章”，所有小区业主都必须遵守，如果在入住的时候业主们就能够通过小区管理规约的形式，把业主们如何利用自己的房屋，以及在多大限度内利用自己的房屋规定清楚的话，必将会有效维护自身的权益，减少这方面的纷争。

82. 物业公司将小区车位辟为公共停车场，业主如何维权？

【案情】

芳华小区的业主们最近遇到了一件烦心事。由于该小区处于繁华地段，周围餐饮、娱乐、购物场所云集，车位紧张，小区的物业公司见钱眼开，竟然将小区内的部分车位辟为停车场，对外开放牟利。由于外面的车辆大量涌入小区，不但造成小区内车位紧张，业主的车辆无处停放，而且也扰乱了业主的正常生活。为此，业主们纷纷谴责物业公司的做法，要求物业公司取消停车场。但物业公司声称小区车位属于开发商，物业公司经开发商同意设立停车场，对外开放车位，业主无权干涉。为了维护自己的权益，芳华小区的业主们联名将一纸诉状递到了法院。

【争鸣】

■ 原告芳华小区的业主诉称，小区的车位应当优先满足业主的需要。物业公司受经济利益驱动，将小区车位作为公共停车场对外开放，侵犯了业主的权益，请求人民法院判决其停止侵权行为。

■ 被告物业公司辩称，小区车位属于开发商，物业公司经开发商同意设立停车场，对外开放车位，并无不当。



【律师点评】

目前城市居民小区停车位权属形式主要有以下几种：一是，停车

位作为小区内的公共停车位，区分所有权人如果使用停车位，需要向物业管理公司交纳管理费，其他人交纳停车费。二是，停车位作为小区的私人停车位存在，区分所有权人如果使用，就要向开发商购买停车位的使用权，之后就享有对该停车位专有使用权，而其所有权或者归属于开发商，或者归属于全体业主。三是，停车位附随于区分所有建筑物的专有部分而不具有独立性，车位为建筑物区分所有权中专有权的标的，对停车位进行物权登记，发所有权的权属证书。

鉴于在现实生活中有的开发商将车位、车库高价出售、出租给小区外的人停放；不少小区没有车位、车库或者车位、车库严重不足，占用共有的道路或者其他场地作为车位，因此自2007年10月1日起实施的《物权法》做出针对性的规定："建筑区划内，规划用于停放汽车的车位、车库应当首先满足业主的需要。"（第74条第1款）同时规定："建筑区划内，规划用于停放汽车的车位、车库的归属，由当事人通过出售、附赠或者出租等方式约定。"（第74条第2款）"占用业主共有的道路或者其他场地用于停放汽车的车位，属于业主共有。"

规划用于停放汽车的车位、车库是在专门用来建造车位的区域修建的，对此部分区域业主在买房时，一般不会支付对价。所以，开发商有权利通过出售、附赠或者出租等方式约定这部分车位的权利归属。占用业主共有的道路或者其他场地的车位是建在业主共有的区域，那这部分车位就归业主共有，开发商就不能在把这部分车位另行出售。

但不论在哪种情况下，都应当首先满足业主的需要。至于占用业主共有的道路或者其他场地用于停放汽车的车位，则属于业主共有。对于小区车位问题，一些地方法规做出了更为明确的规定，加大了对业主利益的保护力度。如《杭州市居住区配套设施建设管理条例》规定：地面公共停车泊位、按标准建设的自行车库属于居住区全体业

主所有，开发商不得擅自租售用于谋利，否则可处以10万元以上50万元以下罚款。

因此，依据《物权法》，芳华小区的车位不论是以出售、附赠等方式给了业主，还是房产开发商将其出租给业主，或者双方在签订房屋买卖合同时没有对此做出明确的约定，小区的车位都应当首先满足业主的需要。物业公司将小区车位辟为公共停车场并对外出租，造成车位紧张，业主的车辆无处停放，侵犯了芳华小区业主的合法权益，应当予以纠正。

当然，小区内的车位并非绝对不能对外出租。如果车位不归业主所有，也没有出租给业主，在满足了业主泊车需要的情况下，可以适当地对外出租。但占用业主共有的道路或者其他场地用于停放汽车的车位，是属于业主共有的。这些车位对外出租要经过业主同意，并且收取的费用也不能由房产商或者物业公司据为己有。房产商或者物业公司可以与全体业主协商确定收益分配方案。

在机动车日益普及的今天，小区的车位问题关系到全体业主的利益。特别是属于业主共有的小区道路或其他场所的车位，《物权法》明确规定属于业主共有。因此，一旦房产开发商或者物业公司将小区车位用于牟利，侵犯业主利益，业主们应当通过业主委员会或者其他形式采取协调一致的集体行动，以有效地保护自己的权益。

83. 业主违反物业管理协议自行封闭阳台的，物业公司能否要求恢复原状？

【案情】

2007年8月，文庆与某公司签订房屋买卖合同，购买了一套临街二楼的三居室房屋。文庆办理入住手续过程中，某公司要求业主签订《物业管理服务合同》，其中规定：为了保持楼房的整体外观，业主不得擅自封闭阳台或平台。文庆在入住后，发现自己的房屋由于临街，噪声和灰尘较大，遂自行将阳台封闭。某公司认为文庆的行为违反了双方签订的《物业管理服务合同》的相关约定，妨碍公司对小区的正常管理，起诉至人民法院，请求法院判令文庆恢复阳台的原状。

【争鸣】

■ 原告某公司诉称，被告签订的《物业管理服务合同》中明确规定：为了保持楼房的整体外观，业主不得擅自封闭阳台或平台。被告违反合同约定，擅自封闭阳台，给某公司对整个楼房的管理带来不便，也给整个楼房的形象和外观带来损害。请求判决被告承担违约责任，恢复阳台的原状。

■ 被告文庆辩称，某公司与业主签定的《物业管理服务合同》侵犯了业主对其专有部分的正当权益，属于排除对方主要权利的格式合同，不具有法律效力。被告封闭阳台，是正常行使对产权房屋的使用权，原告无权干涉。



【律师点评】

《物权法》第71条规定：“业主对其建筑物专有部分享有占有、使用、收益和处分的权利。业主行使权利不得危及建筑物的安全，不得损害其他业主的合法权益。”作为建筑物区分所有权人，业主对专有部分的权利是建筑物区分所有权中占主导地位的权利。业主对专有部分享有的权利主要有：（一）对其专有部分享有占有、使用、收益和处分的权利。例如，区分所有权人可以自己居住，也可以将自己的房屋进行出租，还可以自己的房屋为抵押向银行贷款等。凡此种种，都是业主行使所有权的具体表现形式。（二）在权利受到他人不当干涉之时，业主有权排除这种不当的干涉。（三）可以使用其他业主的专有部分和共有部分。这主要是基于相邻关系以及对所有权行使的限制所享有的权利。但是在行使此类权利时，一定要在必要的限度之内，并且如果给其他权利人造成损害的还要赔偿损失。

承担的主要义务有：（一）业主行使权利不得对建筑物造成损害，危及建筑物的安全。这是因为在建筑物区分所有中，专有部分是依赖于整个建筑物而存在的，在物理属性上整个建筑物是一个整体，专有部分与整个建筑物是整体与部分的关系。所以，只有保障整个建筑物的安全才能够实现专有部分所有权的有效行使。（二）对专有部分的使用不得违反区分所有建筑物的使用目的。如果专有部分的权利人行使权利的行为不符合建筑物的使用目的，其他权利人有权加以制止。（三）业主对专有部分的使用不得损害其他区分所有权人的利益。因为在建筑物区分所有中，不止有一个专有部分存在，而是有多个专有部分存在，这就涉及到每个专有部分的权利人行使权利的界限问题，要求专有部分的所有人在行使权利时不得损害其他业主的利益。因为整个建筑物是由众多的专有部分构成，专有部分的所有权人

之间实际上也存在着一定的共同利益，所以任何专有部分的权利人行使权利时，不能不考虑全体业主的利益，更不能滥用其专有部分的所有权，并损害其他所有人的利益。

区分所有建筑物专有部分的判断标准有：（一）必须具有构造上的独立性。即各个部分在建筑物的构造上可以被区分开。可与建筑物其他部分完全隔离。也只有这样才能客观地划分不同部分并为各个所有人独立支配，才能明确客体的范围，并进而明确权利主体所享有的权利的范围，同时才能准确地判断他人针对建筑物所实施的行为是否构成侵权。（二）必须具有使用上的独立性。即建筑物被区分为各个部分以后，每个部分都可以被独立地使用或具有独立的经济效用，不需借助其他部分的辅助便能利用。（三）必须能够通过登记进行公示并且能表现出法律上的独立性。构造上和使用上的独立性，乃是经济上的独立性，只有通过登记才能表现为法律上的独立，即通过登记能够使得被分割的各个部分在法律上形成为各个所有权的客体。如果被分割的各个部分登记为各个主体所有，则建筑物作为整体在法律上将不能再作为一个独立物存在。应当指出的是，通过登记表现出来的法律上的独立性，是以构造上和使用上的独立性为基础的，如果构造上或使用上的独立性不复存在，则法律上的独立性也难以存在。

回到本案，阳台作为房屋的一部分，无论交付时是否封闭，其作为附属于房屋主体的特定部分，以上下楼板和金属护栏等固定物与建筑物其他部分相隔离，外部范围一目了然，而且阳台与房屋主体紧密相连，亦不存在建筑物中的共有部分，专属于业主个人独立使用。因此，阳台在构造和使用上均具有独立性，应确定为房屋的专有部分，业主依法享有专有所有权。除法律另有限制外，业主可以对作为专有部分的阳台自由地使用、收益、处分。因此，被告对封闭或不封闭的阳台享有占有、使用、收益和处分的权利，并可以排除他人干涉。当然，被告作为一名业主，也有接受物业管理公司的检查、检修和行使

专有部分所有权不得妨碍建筑物的正常使用的义务。被告自己封闭阳台是对自己房屋行使处分权的一种表现。某公司对建筑物区分所有权中专有部分的物业管理的主要责任是监督，是否封闭阳台是被告的权利，物业服务合同不应进行约定，否则即构成对业主专有权的妨害。

以上是从《物权法》的角度对本案的分析。下面，我们从合同的角度来看看本案争议的问题。《合同法》第40条规定："格式条款具有本法第52条和第53条规定情形的，或者提供格式条款一方免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利的，该条款无效。"格式合同（条款）是指合同条款当事人一方预先拟定，对方只能表示全部同意或者全部不同意的合同，亦即一方当事人要么从整体上接受合同条件，要么不订立合同。在本案中，原告和被告签订的《物业管理服务合同》是原告单方拟定的，没有被告任何的意志在内。因此，可以认定为格式合同。在该格式合同中，禁止业主封闭阳台，排除了业主对其专有部分的正当权利，属于"排除对方主要权利"的无效格式合同，原告依据无效合同要求被告承担违约责任，恢复阳台原状，理由不成立。

84. 出租地下室给业主生活造成影响的，如何解决？

【案情】

某住宅楼建成后，开发商将地下室（人防工程）委托给物业公司管理。物业公司遂将地下室隔成10平米左右的房间对外出租。由于地下室条件非常简陋，存在明显的安全隐患。大批承租人员入住后，人员成分复杂，地下室环境进一步恶化，居民进出地下车库必须忍受各种异味，并经常与承租人员发生口角。此外，地下室的承租人员可以乘坐电梯上到任何一个楼层，以致经常有不明身份的人敲业主的家门，业主尤其是女性业主晚上甚至不敢轻易出门。业主多次找物业公司协商，要求其停止地下室对外出租，物业公司置之不理。无奈，业主联名提起诉讼。

【争鸣】

■ 原告业主诉称，被告将居民楼地下室对外出租，同时又疏于管理，造成各种安全隐患，并给居民的生活和人身、财产安全带来不利影响。因此，请求人民法院判决被告停止侵害、恢复原状并向原告赔礼道歉。

■ 被告物业公司辩称，该住宅楼地下室，即人防工程的产权属于开发商所有。开发商将其委托给被告经营管理，被告对外出租地下室并无不当，业主无权干涉。至于业主日常生活所受影响，物业公司愿意通过加强管理来保障业主的正常生活秩序，但不同意业主封闭地下室、停止出租的诉讼请求。



【律师点评】

《人民防空法》第22条规定："城市新建民用建筑，按照国家有关规定修建战时可用于防空的地下室。"城市居民住宅楼的地下室属于人民防空工程（简称人防工程）的一部分，所谓人防工程，是指为保障战时人员与物资掩蔽、人民防空指挥、医疗救护等而单独修建的地下防护建筑，以及结合地面建筑修建的战时可用于防空的地下室。《人民防空法》同时规定："国家鼓励、支持企业事业组织、社会团体和个人，通过多种途径，投资进行人民防空工程建设；人民防空工程平时由投资者使用管理，收益归投资者所有。"（第5条第2款）"建设人民防空工程，应当在保证战时使用效能的前提下，有利于平时的经济建设、群众的生产生活和工程的开发利用"（第20条）。

《人民防空法》规定地下室的使用、收益权归投资者，但回避了地下室的所有权归属问题。从所有权取得的角度来看，投资者投入资金，将其物化为房屋与人防工程，其财产形态虽有变化，但财产归属于投资者的事实并未发生变化。我国《宪法》第13条规定："公民的合法的私有财产不受侵犯。国家为了公共利益的需要，可以依照法律规定对公民的私有财产实行征收或者征用并给予补偿。"《物权法》也规定："国家、集体、私人的物权和其他权利人的物权受法律保护，任何单位和个人不得侵犯"（第4条）；"为了公共利益的需要，依照法律规定的权限和程序可以征收集体所有的土地和单位、个人的房屋及其他不动产"（第42条第1款）；"因抢险、救灾等紧急需要，依照法律规定的权限和程序可以征用单位、个人的不动产或者动产。被征用的不动产或者动产使用后，应当返还被征用人。单位、个人的不动产或者动产被征用或者征用后毁损、灭失的，应当给予补偿"

(第44条)。现实中，有的开发商将住宅楼的地下室出售或赠送给业主，也有的保留其产权。因此，人防工程作为投资者的合法私有财产，受法律保护，在特定情况下可以由国家征收、征用并给予补偿。

本案的地下室是由开发商投资建设，产权归其所有，其将地下室委托给物业公司经营管理，并无不当。但物业公司在经营管理的过程中不能侵犯业主的合法权益。作为业主，在购买房产并入住后，即享有一系列包括人身安全、合理的环境卫生、住宅私密等在内的合法权益，而地下室的对外经营将很可能影响到业主权利的正常行使，因而地下室的对外经营应审慎进行，当以不侵犯业主的合法权益为前提。经营者在经营过程中，应当加强管理，采取有效措施封闭对外经营部分与业主住宅的通道，改善公共部位的环境卫生，如果经营过程中侵犯了小区业主的合法权益，则业主有权要求经营者赔礼道歉、恢复原状、赔偿损失。

被告在经营过程中疏于管理，造成地下室安全隐患，对业主的正常生活和人身、财产安全带来不利影响，侵犯了业主的合法权益。依据《民法通则》的规定，承担民事责任的方式有停止侵害、消除危险、恢复原状、赔偿损失、赔礼道歉等。被告物业公司应当暂停对外出租地下室，并向业主赔礼道歉，同时进行整改、加强管理、消除安全隐患，在经有关部门检查合格后才能恢复出租。

85. 业主侵占小区道路的，如何解决？

【案情】

方齐是某小区业主，其有一辆即将报废的大货车，停放在楼下的便道上，影响了其他业主和车辆的通行。小区的其他业主和物业管理公司多次找到方齐，要求其停止公共道路的行为，方齐均置之不理。有业主建议以业主大会的名义提起诉讼，但由于业主大会召集困难，很多业主也不愿意参与诉讼，被迫搁浅。最后，一些受到妨害的业主共同对方齐提起诉讼，要求其停止侵害、恢复原状。

【争鸣】

■ 原告其他业主诉称，被告擅自侵占小区内的公共道路，影响其他业主车辆的通行，违反了《物权法》、《物业管理条例》等法律、法规的强制性规定，请求人民法院判决其停止侵害、恢复原状。

■ 被告方齐辩称，在小区内停放车辆是业主的正当权利，其他人无权干涉。



【律师点评】

为了维护小区公共秩序和生活环境，保护全体业主的利益，《物权法》和《物业管理条例》等法律、法规对小区业主应当承担的义务作出了规定。如《物权法》规定："业主应当遵守法律、法规以及管理规约。"（第 83 条第 1 款）根据《物业管理条例》的规定，业主

在物业管理活动中，履行下列义务：(一) 遵守管理规约、业主大会议事规则；(二) 遵守物业管理区域内物业共用部位和共用设施设备的使用、公共秩序和环境卫生的维护等方面的规章制度；(三) 执行业主大会的决定和业主大会授权业主委员会作出的决定；(四) 按照国家有关规定交纳专项维修资金；(五) 按时交纳物业服务费用；(六) 法律、法规规定的其他义务 (第7条)。《城市新建住宅小区管理办法》也规定："住宅小区内的房地产产权人和使用人，应当遵守小区管理办法，按规定交纳管理费用，不得妨碍、阻挠管理人员履行职责，并有权参与和监督住宅小区的管理。" (第13条)

那么，如果个别业主不遵守法律、法规和管理公约的规定，侵害了其他业主的共同权益，该如何解决呢？实践中涉及到一个问题，就是对于侵害业主共同权益的侵权事件，业主大会或业主委员会能否代表受害业主提起诉讼。有人认为，既然被侵害的是业主的共同权益，理当由代表业主利益的业主大会或业主委员会出面提起诉讼。但是，由于业主大会是群众性自治组织，没有独立的财产承担法律责任，一旦败诉，其法律责任最终也要落实到每个业主的头上。而业主委员会作为业主大会的执行机构，同样面临着不能独立承担法律责任的难题。而且，许多业主出于怕麻烦的心理或不愿负担诉讼成本的考虑，不想参加到诉讼中来，因此在业主大会表决是否打官司问题时，很多人有可能投弃权票，结果导致提起诉讼的决议最后无法通过。因此，《物权法》对业主大会或业主委员能否代表业主起诉的问题不作硬性规定。

虽然业主大会或业主委员会不能代表业主起诉，但可以出面制止个人业主妨害公共权益的行为。根据《物权法》的规定，"业主大会和业主委员会，对任意弃置垃圾、排放污染物或者噪声、违反规定饲养动物、违章搭建、侵占通道、拒付物业费等损害他人合法权益的行为，有权依照法律、法规以及管理规约，要求行为人停止侵害、消除

危险、排除妨害、赔偿损失。业主对侵害自己合法权益的行为，可以依法向人民法院提起诉讼。”另外，对侵害业主共同权益的行为，业主个人可以以自已的名义提起诉讼。例如，有的业主聚集自己的朋友在家中，夜夜笙歌，并且将音响的声音开到最大，严重影响整座公寓其他业主的休息。对于这种侵害业主共同利益的行为，任何一个受害业主都可以向法院提起诉讼，要求对方停止侵害。如果提起诉讼的受害业主众多，可以采取推选诉讼代表人的办法进行诉讼。

《物业管理条例》第51条规定：“业主、物业服务企业不得擅自占用、挖掘物业管理区域内的道路、场地，损害业主的共同利益。因维修物业或者公共利益，业主确需临时占用、挖掘道路、场地的，应当征得业主委员会和物业服务企业的同意；物业服务企业确需临时占用、挖掘道路、场地的，应当征得业主委员会的同意。业主、物业服务企业应当将临时占用、挖掘的道路、场地，在约定期限内恢复原状。”在本案中，被告擅自侵占公共道路，妨害其他业主通行，按照上述法律、法规的规定，其他业主要求其排除妨害、恢复原状，理由成立。

86. 物业供暖不达标，业主是否有权拒缴供暖费?

【案情】

赵东是某小区居民。小区实行统一供暖。按照该小区供暖协议的规定，供暖温度需要达到政府规定的25度以上。2006年冬，小区供暖开始后，赵东发现温度低于25度，遂多次找到物业管理公司商谈，但始终未见改善。赵东拒绝缴纳全部供暖费用。物业管理公司向人民法院提起诉讼。

【争鸣】

■原告物业管理公司诉称，虽然存在最低供暖温度的规定，但供暖人供暖了，用暖人就应支付相应的供暖费用，而无权拒绝支付全部供暖费用。

■被告赵东辩称，既然政府对供暖规定了最低温度标准，因此，未达到该标准的供暖均为不合格的供暖，用暖人有权拒绝支付全部供暖费用。



【律师点评】

在本案中，当事人双方所签订供暖协议属于合同法上供用热力合同。用暖人欲主张拒绝支付全部供暖费，其应具有法定理由，如合同撤销权、合同解除权、合同抗辩权等。本案不存在撤销合同的情形（欺诈、胁迫、乘人之危、显失公平或重大误解），那是否存在合同

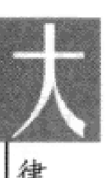
解除权呢？合同解除权分为法定解除权与约定解除权。因当事人并未在合同中约定，若供暖人供暖不合格，则用暖人可解除合同，故不存在合同约定解除权。

依《合同法》第94条的规定，有下列情形之一的，当事人可以解除合同：（一）因不可抗力致使不能实现合同目的；（二）在履行期限届满之前，当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务；（三）当事人一方迟延履行主要债务，经催告后在合理期限内仍未履行；（四）当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的；（五）法律规定的其他情形。本案中，需要讨论的是，供暖人供暖不符合合同约定是否致使不能实现合同目的？在供暖协议中，当事人订立合同的目的在于获得暖气以抵御寒冷，对于抵御寒冷的程度或许有别，但只要供暖人提供了暖气，即可部分实现合同目的，而不能谓为根本无法实现合同目的，故除非供暖一点不起作用，不能称为不能实现合同目的而主张解除合同。

既然用暖人不存在法定解除权，那是否存在合同抗辩权呢？依《合同法》第67条的规定，当事人互负债务，有先后履行顺序，先履行一方未履行的，后履行一方有权拒绝其履行要求。先履行一方履行债务不符合约定的，后履行一方有权拒绝其相应的履行要求。依此规定，在双务合同中，先履行一方当事人履行义务不符合约定的，后履行一方有权拒绝其相应的履行要求。在供暖协议中，由供暖人先履行供暖义务，若履行义务不符合合同约定，如供暖未达到约定温度等，则用暖人有权拒绝供暖人相应的履行要求。此即用暖人享有的抗辩权，但该抗辩权并不支持用暖人拒绝支付全部供暖费用，而仅支持其对供暖人供暖不合格部分的供暖费用的请求权提出抗辩。

虽然政府对供暖温度有最低标准的要求，但该规定乃是行政性法规，其目的在于保障居民的基本生活要求，对于未达到该要求的供暖单位，应负行政责任。但基于供暖合同基本上属于私法合同，其内容

应依私法予以规范，故供暖合同当事人的权利义务仍应依合同法规定加以调整。换言之，供暖单位行政责任的承担不影响其民事责任的承担，也不损害其私法利益，故对于供暖不足的单位，从行政角度，自可依据行政法规予以处罚，其目的在于维护居民基本生活保障的公共利益；从民事角度，则应依其供暖程度如何作为其收费的标准，以实现民事权利义务的公平配置。



87. 物业公司提前恢复供水导致用户财产损失的，应否赔偿?

【案情】

陈俊是某小区居民。2007年8月上旬，物业公司在该小区张贴了《停水通知》，称“因管道维修，定于某日12时至18时停水。”当日下午，陈俊欲烧开水，打开水阀放水未果，却没有及时关上。而物业公司管道维修提前完工，于当日15时提前恢复供水。当时，陈俊家中无人，造成室内被淹。陈俊认为某物业公司未事先通知居民即恢复供水，是造成其财产损害的直接原因，遂向物业公司索要赔偿。某物业公司认为自己没有提前供水的通知义务，陈俊的财产损失是其自身疏忽大意造成的，拒绝给予赔偿。在双方无法协商一致的情况下，陈俊向人民法院提起诉讼。

【争鸣】

■ 原告陈俊诉称，自己由于过失未及时关闭水阀是事实，但物业公司提前供水，系违约行为，是造成财产损失的直接原因，故陈俊的财产损失应由物业公司赔偿。

■ 被告物业公司辩称，公司对停水行为有通知义务，但对恢复供水及提前恢复供水没有通知义务。况且提前供水是一种出于公益目的的积极善意行为，主观上没有过错，不应承担赔偿责任。



【律师点评】

物业公司停水通知中的6小时是暂停供水的最长期限，而非必须停止供水的期间。目的是让居民住户作好准备，备足所需要的用水，保障居民停水期间的用水需要。通知停水6小时不是双方作出的必须停足6小时供水的约定。供水是物业公司应当履行的义务，提前恢复供水是一种有利于公益，有利于生产、生活的积极行为，物业公司主观上没有过错，客观上于法不悖。恢复供水如果需要先行通知，则必然导致恢复供水的延迟，不利于公共利益，提前恢复供水没有过错。因此，本案中的停水通知不属于狭义合同范畴，不具有真正的合同意义，不是一份独立的法律意义上的合同，所告知的6小时停水不是合同约定义务，提前恢复供水不存在违约。

提前恢复供水行为并不会必然地导致财产损害的发生，在此意义上，提前恢复供水仅是产生损害发生的条件。而本案中的损害后果，是由于提前恢复供水和被告陈俊的未及时关水阀两个因素共同叠加才造成的，故可以说本案属于两因一果的关系。而在两个因素中未及时关闭水阀则是具有过错的、主要的、根本的、直接的原因。根据侵权理论，原因对结果承担责任的前提条件是侵权人有过错，因果关系仅是承担责任的必要条件之一，而并非是充分条件。本案中虽然物业公司的行为是造成损害原因之一，但其行为没有过错，也不构成侵权，故不符合承担责任的条件。同时，用户具有注意安全义务，本案中陈俊自己有过错。注意安全是每一个公民的义务。停水通知无论从形式和内容上看，都没有免除用户的注意安全义务。在陈俊欲烧开水而发现停水后，应当能预见到水阀不关的后果，也应当预见到停水后可能会提前供水。其应当预见未预见，疏忽大意不关水阀，具有过错，由此造成的损失应当自行承担。

88. 业主停在室外的摩托车丢失，物业公司应否赔偿？

【案情】

石雨是某小区业主，并与某公司签订了入住合同。某公司在对小区进行物业管理过程中，先后制订了《小区入住须知》、《小区管理规定》、《门卫岗位责任制》、《关于加强车辆安全管理的通知》、《关于摩托车进出小区专项管理规定》等规章制度，并在小区内公布。《小区管理规定》要求小区内住户每年向某公司交纳物业管理费200元，由某公司负责对小区内的公共设施养护、安全防范措施等方面提供服务。某公司在发布以上规章后，便开始向小区住户收缴物业管理费，但石雨一直未交纳。2007年6月24日，石雨中午下班后将自己的摩托车未加防盗锁就停放在小区内，等下午上班时，石雨发现自己的摩托车已不在停放点，便立即报案，但公安机关一直未破案。6月27日，石雨向某公司交纳了200元的物业管理费，之后便起诉至人民法院，请求法院判令某公司赔偿石雨的经济损失。

【争鸣】

■ 原告石雨诉称，自己与某公司签订了物业服务合同，双方即产生物业管理的合同关系，某公司应当按照合同内容来履行合同义务。而某公司未能认真履行其物业管理职责，以致偷窃人潜入小区，造成石雨摩托车被盗的后果，因此，某公司应当承担赔偿责任。

■ 被告某公司辩称，保管合同不仅需要双方当事人保管的意思表示一致，而且必须有寄托人将保管物交付给保管人，使保管物处于保

管人的实际占有控制之下，保管合同方能成立。石雨在摩托车失窃前未将车钥匙交付给某公司，而某公司也未对石雨出具取车凭证。可见，当事人双方之间就该车辆并不存在保管合同关系，即某公司对石雨停放在小区的摩托车不负有保管义务。另外，石雨在停放摩托车时，应当知道不加防盗锁会造成失窃的可能，而仍然未加防盗锁，石雨对于摩托车的失窃有着重大过错。因此，石雨的损失应当由其自负。



【律师点评】

《民法通则》第106条规定：公民、法人违反合同或者不履行其他义务的，应当承担民事责任。公民、法人由于过错侵害国家的、集体的财产，侵害他人财产、人身的，应当承担民事责任。没有过错，但法律规定应当承担民事责任的，应当承担民事责任。石雨在入住小区后，与某公司签订了入住合同，该合同为某公司对石雨提供物业管理服务的承诺和石雨愿意接受服务和管理的表示。双方并未就石雨的财产由某公司保管签订过保管合同或有任何约定，某公司无保管石雨财产的义务。因此，石雨和某公司之间的关系只是一种进行服务和接受服务的关系。而某公司提供的服务是一种对小区的整体性服务，而不是仅就某个住户的单独服务，某公司也不能因某个住户未交纳物业管理费就停止对整个小区的服务。

《物业管理条例》第36条规定："物业服务企业应当按照物业服务合同的约定，提供相应的服务。物业服务企业未能履行物业服务合同的约定，导致业主人身、财产安全受到损害的，应当依法承担相应的法律责任。"可见，石雨和甲公司之间的合同性质是服务性的合同。石雨没有特别约请某公司保管被窃的那辆摩托车，其每年交纳的200元费用系物业管理费，该费系综合服务费，在构成中并无室外停

车管理费的项目，摩托车的保管不属于某公司正常的物业管理公共性服务范围。当然，某公司应当按照物业服务合同的约定提供服务，对小区的安全负有进行日常管理的义务，但其所承担的小区安全防范方面的义务只是配合公安机关采取安全防范措施，维护管理区内的公共秩序。为了履行此职责，某公司在对小区进行物业管理过程中，制订了《小区入住须知》、《小区管理规定》、《门卫岗位责任制》、《关于加强车辆安全管理的通知》、《关于摩托车进出小区专项管理规定》等规章制度，并在小区内公布。可见，某公司对小区安全进行了相应的管理，已经按照物业服务合同的约定履行了其物业管理职责。

《合同法》第365条规定：保管合同是保管人保管寄存人交付的保管物，并返还该物的合同。第366条规定：寄存人应当按照约定向保管人支付保管费。当事人对保管费没有约定或者约定不明确，依照本法第61条的规定仍不能确定的，保管是无偿的。第367条规定：保管合同自保管物交付时成立，但当事人另有约定的除外。第368条规定：寄存人向保管人交付保管物的，保管人应当给付保管凭证，但另有交易习惯的除外。保管合同是践成合同，其成立不仅需要双方当事人保管的意思表示一致，而且必须有寄托人将保管物交付给保管人实际占有控制的行为。

石雨在摩托车失窃前并未将摩托车钥匙或行驶证交付给某公司，而某公司也未对石雨出具取车凭证。显然，双方当事人之间就该车辆并不存在保管合同关系。某公司制订了一系列规章制度，这表明某公司已对小区进行了管理，履行了管理职责，石雨的摩托车被盗纯属意外事件，某公司对此并无主观上的过错，其行为也未违法，更无侵害石雨财产的事实。所以，某公司对石雨的摩托车被盗并无责任。相反，石雨的摩托车被盗恰恰是因为石雨未遵守某公司的规章制度，自己对车辆疏于防范，未停放在自己的车库，也未加防盗锁，结果使摩托车被盗，依据过错责任原则，这个后果完全应当由石雨自己承担。

附　录

中华人民共和国物权法

第一编　总则

第一章　基本原则

第一条　为了维护国家基本经济制度，维护社会主义市场经济秩序，明确物的归属，发挥物的效用，保护权利人的物权，根据宪法，制定本法。

第二条　因物的归属和利用而产生的民事关系，适用本法。

本法所称物，包括不动产和动产。法律规定权利作为物权客体的，依照其规定。

本法所称物权，是指权利人依法对特定的物享有直接支配和排他的权利，包括所有权、用益物权和担保物权。

第三条　国家在社会主义初级阶段，坚持公有制为主体、多种所有制经济共同发展的基本经济制度。

国家巩固和发展公有制经济，鼓励、支持和引导非公有制经济的发展。

国家实行社会主义市场经济，保障一切市场主体的平等法律地位和发展权利。

第四条　国家、集体、私人的物权和其他权利人的物权受法律保护，任何单位和个人不得侵犯。

第五条 物权的种类和内容，由法律规定。

第六条 不动产物权的设立、变更、转让和消灭，应当依照法律规定登记。动产物权的设立和转让，应当依照法律规定交付。

第七条 物权的取得和行使，应当遵守法律，尊重社会公德，不得损害公共利益和他人合法权益。

第八条 其他相关法律对物权另有特别规定的，依照其规定。

第二章 物权的设立、变更、转让和消灭

第一节 不动产登记

第九条 不动产物权的设立、变更、转让和消灭，经依法登记，发生效力；未经登记，不发生效力，但法律另有规定的除外。

依法属于国家所有的自然资源，所有权可以不登记。

第十条 不动产登记，由不动产所在地的登记机构办理。

国家对不动产实行统一登记制度。统一登记的范围、登记机构和登记办法，由法律、行政法规规定。

第十一条 当事人申请登记，应当根据不同登记事项提供权属证明和不动产界址、面积等必要材料。

第十二条 登记机构应当履行下列职责：

（一）查验申请人提供的权属证明和其他必要材料；

（二）就有关登记事项询问申请人；

（三）如实、及时登记有关事项；

（四）法律、行政法规规定的其他职责。

申请登记的不动产的有关情况需要进一步证明的，登记机构可以要求申请人补充材料，必要时可以实地查看。

第十三条 登记机构不得有下列行为：

（一）要求对不动产进行评估；

（二）以年检等名义进行重复登记；

（三）超出登记职责范围的其他行为。

第十四条 不动产物权的设立、变更、转让和消灭，依照法律规定应当登记的，自记载于不动产登记簿时发生效力。

第十五条 当事人之间订立有关设立、变更、转让和消灭不动产物权的合同，除法律另有规定或者合同另有约定外，自合同成立时生效；未办理物权登记的，不影响合同效力。

第十六条 不动产登记簿是物权归属和内容的根据。不动产登记簿由登记机构管理。

第十七条 不动产权属证书是权利人享有该不动产物权的证明。不动产权属证书记载的事项，应当与不动产登记簿一致；记载不一致的，除有证据证明不动产登记簿确有错误外，以不动产登记簿为准。

第十八条 权利人、利害关系人可以申请查询、复制登记资料，登记机构应当提供。

第十九条 权利人、利害关系人认为不动产登记簿记载的事项错误的，可以申请更正登记。不动产登记簿记载的权利人书面同意更正或者有证据证明登记确有错误的，登记机构应当予以更正。

不动产登记簿记载的权利人不同意更正的，利害关系人可以申请异议登记。登记机构予以异议登记的，申请人在异议登记之日起十五日内不起诉，异议登记失效。异议登记不当，造成权利人损害的，权利人可以向申请人请求损害赔偿。

第二十条 当事人签订买卖房屋或者其他不动产物权的协议，为保障将来实现物权，按照约定可以向登记机构申请预告登记。预告登记后，未经预告登记的权利人同意，处分该不动产的，不发生物权效力。

预告登记后，债权消灭或者自能够进行不动产登记之日起三个月内未申请登记的，预告登记失效。

第二十一条 当事人提供虚假材料申请登记，给他人造成损害

的，应当承担赔偿责任。

因登记错误，给他人造成损害的，登记机构应当承担赔偿责任。登记机构赔偿后，可以向造成登记错误的人追偿。

第二十二条 不动产登记费按件收取，不得按照不动产的面积、体积或者价款的比例收取。具体收费标准由国务院有关部门会同价格主管部门规定。

第二节 动产交付

第二十三条 动产物权的设立和转让，自交付时发生效力，但法律另有规定的除外。

第二十四条 船舶、航空器和机动车等物权的设立、变更、转让和消灭，未经登记，不得对抗善意第三人。

第二十五条 动产物权设立和转让前，权利人已经依法占有该动产的，物权自法律行为生效时发生效力。

第二十六条 动产物权设立和转让前，第三人依法占有该动产的，负有交付义务的人可以通过转让请求第三人返还原物的权利代替交付。

第二十七条 动产物权转让时，双方又约定由出让人继续占有该动产的，物权自该约定生效时发生效力。

第三节 其他规定

第二十八条 因人民法院、仲裁委员会的法律文书或者人民政府的征收决定等，导致物权设立、变更、转让或者消灭的，自法律文书或者人民政府的征收决定等生效时发生效力。

第二十九条 因继承或者受遗赠取得物权的，自继承或者受遗赠开始时发生效力。

第三十条 因合法建造、拆除房屋等事实行为设立或者消灭物权的，自事实行为成就时发生效力。

第三十一条 依照本法第二十八条至第三十条规定享有不动产物

权的，处分该物权时，依照法律规定需要办理登记的，未经登记，不发生物权效力。

第三章　物权的保护

第三十二条　物权受到侵害的，权利人可以通过和解、调解、仲裁、诉讼等途径解决。

第三十三条　因物权的归属、内容发生争议的，利害关系人可以请求确认权利。

第三十四条　无权占有不动产或者动产的，权利人可以请求返还原物。

第三十五条　妨害物权或者可能妨害物权的，权利人可以请求排除妨害或者消除危险。

第三十六条　造成不动产或者动产毁损的，权利人可以请求修理、重作、更换或者恢复原状。

第三十七条　侵害物权，造成权利人损害的，权利人可以请求损害赔偿，也可以请求承担其他民事责任。

第三十八条　本章规定的物权保护方式，可以单独适用，也可以根据权利被侵害的情形合并适用。

侵害物权，除承担民事责任外，违反行政管理规定的，依法承担行政责任；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

第二编　所有权

第四章　一般规定

第三十九条　所有权人对自己的不动产或者动产，依法享有占有、使用、收益和处分的权利。

第四十条　所有权人有权在自己的不动产或者动产上设立用益物权和担保物权。用益物权人、担保物权人行使权利，不得损害所有权

人的权益。

第四十一条 法律规定专属于国家所有的不动产和动产，任何单位和个人不能取得所有权。

第四十二条 为了公共利益的需要，依照法律规定的权限和程序可以征收集体所有的土地和单位、个人的房屋及其他不动产。

征收集体所有的土地，应当依法足额支付土地补偿费、安置补助费、地上附着物和青苗的补偿费等费用，安排被征地农民的社会保障费用，保障被征地农民的生活，维护被征地农民的合法权益。

征收单位、个人的房屋及其他不动产，应当依法给予拆迁补偿，维护被征收人的合法权益；征收个人住宅的，还应当保障被征收人的居住条件。

任何单位和个人不得贪污、挪用、私分、截留、拖欠征收补偿费等费用。

第四十三条 国家对耕地实行特殊保护，严格限制农用地转为建设用地，控制建设用地总量。不得违反法律规定的权限和程序征收集体所有的土地。

第四十四条 因抢险、救灾等紧急需要，依照法律规定的权限和程序可以征用单位、个人的不动产或者动产。被征用的不动产或者动产使用后，应当返还被征用人。单位、个人的不动产或者动产被征用或者征用后毁损、灭失的，应当给予补偿。

第五章 国家所有权和集体所有权、私人所有权

第四十五条 法律规定属于国家所有的财产，属于国家所有即全民所有。

国有财产由国务院代表国家行使所有权；法律另有规定的，依照其规定。

第四十六条 矿藏、水流、海域属于国家所有。



第四十七条 城市的土地，属于国家所有。法律规定属于国家所有的农村和城市郊区的土地，属于国家所有。

第四十八条 森林、山岭、草原、荒地、滩涂等自然资源，属于国家所有，但法律规定属于集体所有的除外。

第四十九条 法律规定属于国家所有的野生动植物资源，属于国家所有。

第五十条 无线电频谱资源属于国家所有。

第五十一条 法律规定属于国家所有的文物，属于国家所有。

第五十二条 国防资产属于国家所有。

铁路、公路、电力设施、电信设施和油气管道等基础设施，依照法律规定为国家所有的，属于国家所有。

第五十三条 国家机关对其直接支配的不动产和动产，享有占有、使用以及依照法律和国务院的有关规定处分的权利。

第五十四条 国家举办的事业单位对其直接支配的不动产和动产，享有占有、使用以及依照法律和国务院的有关规定收益、处分的权利。

第五十五条 国家出资的企业，由国务院、地方人民政府依照法律、行政法规规定分别代表国家履行出资人职责，享有出资人权益。

第五十六条 国家所有的财产受法律保护，禁止任何单位和个人侵占、哄抢、私分、截留、破坏。

第五十七条 履行国有财产管理、监督职责的机构及其工作人员，应当依法加强对国有财产的管理、监督，促进国有财产保值增值，防止国有财产损失；滥用职权，玩忽职守，造成国有财产损失的，应当依法承担法律责任。

违反国有财产管理规定，在企业改制、合并分立、关联交易等过程中，低价转让、合谋私分、擅自担保或者以其他方式造成国有财产损失的，应当依法承担法律责任。

第五十八条 集体所有的不动产和动产包括：

（一）法律规定属于集体所有的土地和森林、山岭、草原、荒地、滩涂；

（二）集体所有的建筑物、生产设施、农田水利设施；

（三）集体所有的教育、科学、文化、卫生、体育等设施；

（四）集体所有的其他不动产和动产。

第五十九条 农民集体所有的不动产和动产，属于本集体成员集体所有。

下列事项应当依照法定程序经本集体成员决定：

（一）土地承包方案以及将土地发包给本集体以外的单位或者个人承包；

（二）个别土地承包经营权人之间承包地的调整；

（三）土地补偿费等费用的使用、分配办法；

（四）集体出资的企业的所有权变动等事项；

（五）法律规定的其他事项。

第六十条 对于集体所有的土地和森林、山岭、草原、荒地、滩涂等，依照下列规定行使所有权：

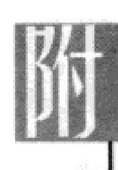
（一）属于村农民集体所有的，由村集体经济组织或者村民委员会代表集体行使所有权；

（二）分别属于村内两个以上农民集体所有的，由村内各该集体经济组织或者村民小组代表集体行使所有权；

（三）属于乡镇农民集体所有的，由乡镇集体经济组织代表集体行使所有权。

第六十一条 城镇集体所有的不动产和动产，依照法律、行政法规的规定由本集体享有占有、使用、收益和处分的权利。

第六十二条 集体经济组织或者村民委员会、村民小组应当依照法律、行政法规以及章程、村规民约向本集体成员公布集体财产的



状况。

第六十三条 集体所有的财产受法律保护，禁止任何单位和个人侵占、哄抢、私分、破坏。

集体经济组织、村民委员会或者其负责人作出的决定侵害集体成员合法权益的，受侵害的集体成员可以请求人民法院予以撤销。

第六十四条 私人对其合法的收入、房屋、生活用品、生产工具、原材料等不动产和动产享有所有权。

第六十五条 私人合法的储蓄、投资及其收益受法律保护。

国家依照法律规定保护私人的继承权及其他合法权益。

第六十六条 私人的合法财产受法律保护，禁止任何单位和个人侵占、哄抢、破坏。

第六十七条 国家、集体和私人依法可以出资设立有限责任公司、股份有限公司或者其他企业。国家、集体和私人所有的不动产或者动产，投到企业的，由出资人按照约定或者出资比例享有资产收益、重大决策以及选择经营管理者等权利并履行义务。

第六十八条 企业法人对其不动产和动产依照法律、行政法规以及章程享有占有、使用、收益和处分的权利。

企业法人以外的法人，对其不动产和动产的权利，适用有关法律、行政法规以及章程的规定。

第六十九条 社会团体依法所有的不动产和动产，受法律保护。

第六章 业主的建筑物区分所有权

第七十条 业主对建筑物内的住宅、经营性用房等专有部分享有所有权，对专有部分以外的共有部分享有共有和共同管理的权利。

第七十一条 业主对其建筑物专有部分享有占有、使用、收益和处分的权利。业主行使权利不得危及建筑物的安全，不得损害其他业主的合法权益。

第七十二条 业主对建筑物专有部分以外的共有部分，享有权利，承担义务；不得以放弃权利不履行义务。

业主转让建筑物内的住宅、经营性用房，其对共有部分享有的共有和共同管理的权利一并转让。

第七十三条 建筑区划内的道路，属于业主共有，但属于城镇公共道路的除外。建筑区划内的绿地，属于业主共有，但属于城镇公共绿地或者明示属于个人的除外。建筑区划内的其他公共场所、公用设施和物业服务用房，属于业主共有。



第七十四条 建筑区划内，规划用于停放汽车的车位、车库应当首先满足业主的需要。

建筑区划内，规划用于停放汽车的车位、车库的归属，由当事人通过出售、附赠或者出租等方式约定。

占用业主共有的道路或者其他场地用于停放汽车的车位，属于业主共有。

第七十五条 业主可以设立业主大会，选举业主委员会。

地方人民政府有关部门应当对设立业主大会和选举业主委员会给予指导和协助。

第七十六条 下列事项由业主共同决定：

（一）制定和修改业主大会议事规则；

（二）制定和修改建筑物及其附属设施的管理规约；

（三）选举业主委员会或者更换业主委员会成员；

（四）选聘和解聘物业服务企业或者其他管理人；

（五）筹集和使用建筑物及其附属设施的维修资金；

（六）改建、重建建筑物及其附属设施；

（七）有关共有和共同管理权利的其他重大事项。

决定前款第五项和第六项规定的事项，应当经专有部分占建筑物总面积三分之二以上的业主且占总人数三分之二以上的业主同意。决

定前款其他事项，应当经专有部分占建筑物总面积过半数的业主且占总人数过半数的业主同意。

第七十七条 业主不得违反法律、法规以及管理规约，将住宅改变为经营性用房。业主将住宅改变为经营性用房的，除遵守法律、法规以及管理规约外，应当经有利害关系的业主同意。

第七十八条 业主大会或者业主委员会的决定，对业主具有约束力。

业主大会或者业主委员会作出的决定侵害业主合法权益的，受侵害的业主可以请求人民法院予以撤销。

第七十九条 建筑物及其附属设施的维修资金，属于业主共有。经业主共同决定，可以用于电梯、水箱等共有部分的维修。维修资金的筹集、使用情况应当公布。

第八十条 建筑物及其附属设施的费用分摊、收益分配等事项，有约定的，按照约定；没有约定或者约定不明确的，按照业主专有部分占建筑物总面积的比例确定。

第八十一条 业主可以自行管理建筑物及其附属设施，也可以委托物业服务企业或者其他管理人管理。

对建设单位聘请的物业服务企业或者其他管理人，业主有权依法更换。

第八十二条 物业服务企业或者其他管理人根据业主的委托管理建筑区划内的建筑物及其附属设施，并接受业主的监督。

第八十三条 业主应当遵守法律、法规以及管理规约。

业主大会和业主委员会，对任意弃置垃圾、排放污染物或者噪声、违反规定饲养动物、违章搭建、侵占通道、拒付物业费等损害他人合法权益的行为，有权依照法律、法规以及管理规约，要求行为人停止侵害、消除危险、排除妨害、赔偿损失。业主对侵害自己合法权益的行为，可以依法向人民法院提起诉讼。

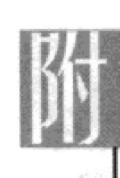
第七章 相邻关系

第八十四条 不动产的相邻权利人应当按照有利生产、方便生活、团结互助、公平合理的原则，正确处理相邻关系。

第八十五条 法律、法规对处理相邻关系有规定的，依照其规定；法律、法规没有规定的，可以按照当地习惯。

第八十六条 不动产权利人应当为相邻权利人用水、排水提供必要的便利。

对自然流水的利用，应当在不动产的相邻权利人之间合理分配。对自然流水的排放，应当尊重自然流向。



第八十七条 不动产权利人对相邻权利人因通行等必须利用其土地的，应当提供必要的便利。

第八十八条 不动产权利人因建造、修缮建筑物以及铺设电线、电缆、水管、暖气和燃气管线等必须利用相邻土地、建筑物的，该土地、建筑物的权利人应当提供必要的便利。

第八十九条 建造建筑物，不得违反国家有关工程建设标准，妨碍相邻建筑物的通风、采光和日照。

第九十条 不动产权利人不得违反国家规定弃置固体废物，排放大气污染物、水污染物、噪声、光、电磁波辐射等有害物质。

第九十一条 不动产权利人挖掘土地、建造建筑物、铺设管线以及安装设备等，不得危及相邻不动产的安全。

第九十二条 不动产权利人因用水、排水、通行、铺设管线等利用相邻不动产的，应当尽量避免对相邻的不动产权利人造成损害；造成损害的，应当给予赔偿。

第八章 共有

第九十三条 不动产或者动产可以由两个以上单位、个人共有。共有包括按份共有和共同共有。

第九十四条 按份共有人对共有的不动产或者动产按照其份额享有所有权。

第九十五条 共同共有人对共有的不动产或者动产共同享有所有权。

第九十六条 共有人按照约定管理共有的不动产或者动产；没有约定或者约定不明确的，各共有人都有管理的权利和义务。

第九十七条 处分共有的不动产或者动产以及对共有的不动产或者动产作重大修缮的，应当经占份额三分之二以上的按份共有人或者全体共同共有人同意，但共有人之间另有约定的除外。

第九十八条 对共有物的管理费用以及其他负担，有约定的，按照约定；没有约定或者约定不明确的，按份共有人按照其份额负担，共同共有人共同负担。

第九十九条 共有人约定不得分割共有的不动产或者动产，以维持共有关系的，应当按照约定，但共有人有重大理由需要分割的，可以请求分割；没有约定或者约定不明确的，按份共有人可以随时请求分割，共同共有人在共有的基础丧失或者有重大理由需要分割时可以请求分割。因分割对其他共有人造成损害的，应当给予赔偿。

第一百条 共有人可以协商确定分割方式。达不成协议，共有的不动产或者动产可以分割并且不会因分割减损价值的，应当对实物予以分割；难以分割或者因分割会减损价值的，应当对折价或者拍卖、变卖取得的价款予以分割。

共有人分割所得的不动产或者动产有瑕疵的，其他共有人应当分担损失。

第一百零一条 按份共有人可以转让其享有的共有的不动产或者动产份额。其他共有人在同等条件下享有优先购买的权利。

第一百零二条 因共有的不动产或者动产产生的债权债务，在对外关系上，共有人享有连带债权、承担连带债务，但法律另有规定或



者第三人知道共有人不具有连带债权债务关系的除外；在共有人内部关系上，除共有人另有约定外，按份共有人按照份额享有债权、承担债务，共同共有人共同享有债权、承担债务。偿还债务超过自己应当承担份额的按份共有人，有权向其他共有人追偿。

第一百零三条 共有人对共有的不动产或者动产没有约定为按份共有或者共同共有，或者约定不明确的，除共有人具有家庭关系等外，视为按份共有。

第一百零四条 按份共有人对共有的不动产或者动产享有的份额，没有约定或者约定不明确的，按照出资额确定；不能确定出资额的，视为等额享有。

第一百零五条 两个以上单位、个人共同享有用益物权、担保物权的，参照本章规定。

第九章 所有权取得的特别规定

第一百零六条 无处分权人将不动产或者动产转让给受让人的，所有权人有权追回；除法律另有规定外，符合下列情形的，受让人取得该不动产或者动产的所有权：

（一）受让人受让该不动产或者动产时是善意的；

（二）以合理的价格转让；

（三）转让的不动产或者动产依照法律规定应当登记的已经登记，不需要登记的已经交付给受让人。

受让人依照前款规定取得不动产或者动产的所有权的，原所有权人有权向无处分权人请求赔偿损失。

当事人善意取得其他物权的，参照前两款规定。

第一百零七条 所有权人或者其他权利人有权追回遗失物。该遗失物通过转让被他人占有的，权利人有权向无处分权人请求损害赔偿，或者自知道或者应当知道受让人之日起二年内向受让人请求返还

原物，但受让人通过拍卖或者向具有经营资格的经营者购得该遗失物的，权利人请求返还原物时应当支付受让人所付的费用。权利人向受让人支付所付费用后，有权向无处分权人追偿。

第一百零八条 善意受让人取得动产后，该动产上的原有权利消灭，但善意受让人在受让时知道或者应当知道该权利的除外。

第一百零九条 拾得遗失物，应当返还权利人。拾得人应当及时通知权利人领取，或者送交公安等有关部门。

第一百一十条 有关部门收到遗失物，知道权利人的，应当及时通知其领取；不知道的，应当及时发布招领公告。

第一百一十一条 拾得人在遗失物送交有关部门前，有关部门在遗失物被领取前，应当妥善保管遗失物。因故意或者重大过失致使遗失物毁损、灭失的，应当承担民事责任。

第一百一十二条 权利人领取遗失物时，应当向拾得人或者有关部门支付保管遗失物等支出的必要费用。

权利人悬赏寻找遗失物的，领取遗失物时应当按照承诺履行义务。

拾得人侵占遗失物的，无权请求保管遗失物等支出的费用，也无权请求权利人按照承诺履行义务。

第一百一十三条 遗失物自发布招领公告之日起六个月内无人认领的，归国家所有。

第一百一十四条 拾得漂流物、发现埋藏物或者隐藏物的，参照拾得遗失物的有关规定。文物保护法等法律另有规定的，依照其规定。

第一百一十五条 主物转让的，从物随主物转让，但当事人另有约定的除外。

第一百一十六条 天然孳息，由所有权人取得；既有所有权人又有用益物权人的，由用益物权人取得。当事人另有约定的，按照

约定。

法定孳息，当事人有约定的，按照约定取得；没有约定或者约定不明确的，按照交易习惯取得。

第三编　用益物权

第十章　一般规定

第一百一十七条　用益物权人对他人所有的不动产或者动产，依法享有占有、使用和收益的权利。

第一百一十八条　国家所有或者国家所有由集体使用以及法律规定属于集体所有的自然资源，单位、个人依法可以占有、使用和收益。

第一百一十九条　国家实行自然资源有偿使用制度，但法律另有规定的除外。

第一百二十条　用益物权人行使权利，应当遵守法律有关保护和合理开发利用资源的规定。所有权人不得干涉用益物权人行使权利。

第一百二十一条　因不动产或者动产被征收、征用致使用益物权消灭或者影响用益物权行使的，用益物权人有权依照本法第四十二条、第四十四条的规定获得相应补偿。

第一百二十二条　依法取得的海域使用权受法律保护。

第一百二十三条　依法取得的探矿权、采矿权、取水权和使用水域、滩涂从事养殖、捕捞的权利受法律保护。

第十一章　土地承包经营权

第一百二十四条　农村集体经济组织实行家庭承包经营为基础、统分结合的双层经营体制。

农民集体所有和国家所有由农民集体使用的耕地、林地、草地以及其他用于农业的土地，依法实行土地承包经营制度。

第一百二十五条 土地承包经营权人依法对其承包经营的耕地、林地、草地等享有占有、使用和收益的权利，有权从事种植业、林业、畜牧业等农业生产。

第一百二十六条 耕地的承包期为三十年。草地的承包期为三十年至五十年。林地的承包期为三十年至七十年；特殊林木的林地承包期，经国务院林业行政主管部门批准可以延长。

前款规定的承包期届满，由土地承包经营权人按照国家有关规定继续承包。

第一百二十七条 土地承包经营权自土地承包经营权合同生效时设立。

县级以上地方人民政府应当向土地承包经营权人发放土地承包经营权证、林权证、草原使用权证，并登记造册，确认土地承包经营权。

第一百二十八条 土地承包经营权人依照农村土地承包法的规定，有权将土地承包经营权采取转包、互换、转让等方式流转。流转的期限不得超过承包期的剩余期限。未经依法批准，不得将承包地用于非农建设。

第一百二十九条 土地承包经营权人将土地承包经营权互换、转让，当事人要求登记的，应当向县级以上地方人民政府申请土地承包经营权变更登记；未经登记，不得对抗善意第三人。

第一百三十条 承包期内发包人不得调整承包地。

因自然灾害严重毁损承包地等特殊情形，需要适当调整承包的耕地和草地的，应当依照农村土地承包法等法律规定办理。

第一百三十一条 承包期内发包人不得收回承包地。农村土地承包法等法律另有规定的，依照其规定。

第一百三十二条 承包地被征收的，土地承包经营权人有权依照本法第四十二条第二款的规定获得相应补偿。

第一百三十三条　通过招标、拍卖、公开协商等方式承包荒地等农村土地，依照农村土地承包法等法律和国务院的有关规定，其土地承包经营权可以转让、入股、抵押或者以其他方式流转。

第一百三十四条　国家所有的农用地实行承包经营的，参照本法的有关规定。

第十二章　建设用地使用权

第一百三十五条　建设用地使用权人依法对国家所有的土地享有占有、使用和收益的权利，有权利用该土地建造建筑物、构筑物及其附属设施。

第一百三十六条　建设用地使用权可以在土地的地表、地上或者地下分别设立。新设立的建设用地使用权，不得损害已设立的用益物权。

第一百三十七条　设立建设用地使用权，可以采取出让或者划拨等方式。

工业、商业、旅游、娱乐和商品住宅等经营性用地以及同一土地有两个以上意向用地者的，应当采取招标、拍卖等公开竞价的方式出让。

严格限制以划拨方式设立建设用地使用权。采取划拨方式的，应当遵守法律、行政法规关于土地用途的规定。

第一百三十八条　采取招标、拍卖、协议等出让方式设立建设用地使用权的，当事人应当采取书面形式订立建设用地使用权出让合同。

建设用地使用权出让合同一般包括下列条款：

（一）当事人的名称和住所；

（二）土地界址、面积等；

（三）建筑物、构筑物及其附属设施占用的空间；

（四）土地用途；

（五）使用期限；

（六）出让金等费用及其支付方式；

（七）解决争议的方法。

第一百三十九条 设立建设用地使用权的，应当向登记机构申请建设用地使用权登记。建设用地使用权自登记时设立。登记机构应当向建设用地使用权人发放建设用地使用权证书。

第一百四十条 建设用地使用权人应当合理利用土地，不得改变土地用途；需要改变土地用途的，应当依法经有关行政主管部门批准。

第一百四十一条 建设用地使用权人应当依照法律规定以及合同约定支付出让金等费用。

第一百四十二条 建设用地使用权人建造的建筑物、构筑物及其附属设施的所有权属于建设用地使用权人，但有相反证据证明的除外。

第一百四十三条 建设用地使用权人有权将建设用地使用权转让、互换、出资、赠与或者抵押，但法律另有规定的除外。

第一百四十四条 建设用地使用权转让、互换、出资、赠与或者抵押的，当事人应当采取书面形式订立相应的合同。使用期限由当事人约定，但不得超过建设用地使用权的剩余期限。

第一百四十五条 建设用地使用权转让、互换、出资或者赠与的，应当向登记机构申请变更登记。

第一百四十六条 建设用地使用权转让、互换、出资或者赠与的，附着于该土地上的建筑物、构筑物及其附属设施一并处分。

第一百四十七条 建筑物、构筑物及其附属设施转让、互换、出资或者赠与的，该建筑物、构筑物及其附属设施占用范围内的建设用地使用权一并处分。

第一百四十八条 建设用地使用权期间届满前，因公共利益需要

提前收回该土地的，应当依照本法第四十二条的规定对该土地上的房屋及其他不动产给予补偿，并退还相应的出让金。

第一百四十九条　住宅建设用地使用权期间届满的，自动续期。

非住宅建设用地使用权期间届满后的续期，依照法律规定办理。该土地上的房屋及其他不动产的归属，有约定的，按照约定；没有约定或者约定不明确的，依照法律、行政法规的规定办理。

第一百五十条　建设用地使用权消灭的，出让人应当及时办理注销登记。登记机构应当收回建设用地使用权证书。

第一百五十一条　集体所有的土地作为建设用地的，应当依照土地管理法等法律规定办理。

第十三章　宅基地使用权

第一百五十二条　宅基地使用权人依法对集体所有的土地享有占有和使用的权利，有权依法利用该土地建造住宅及其附属设施。

第一百五十三条　宅基地使用权的取得、行使和转让，适用土地管理法等法律和国家有关规定。

第一百五十四条　宅基地因自然灾害等原因灭失的，宅基地使用权消灭。对失去宅基地的村民，应当重新分配宅基地。

第一百五十五条　已经登记的宅基地使用权转让或者消灭的，应当及时办理变更登记或者注销登记。

第十四章　地役权

第一百五十六条　地役权人有权按照合同约定，利用他人的不动产，以提高自己的不动产的效益。

前款所称他人的不动产为供役地，自己的不动产为需役地。

第一百五十七条　设立地役权，当事人应当采取书面形式订立地役权合同。

地役权合同一般包括下列条款：

（一）当事人的姓名或者名称和住所；

（二）供役地和需役地的位置；

（三）利用目的和方法；

（四）利用期限；

（五）费用及其支付方式；

（六）解决争议的方法。

第一百五十八条 地役权自地役权合同生效时设立。当事人要求登记的，可以向登记机构申请地役权登记；未经登记，不得对抗善意第三人。

第一百五十九条 供役地权利人应当按照合同约定，允许地役权人利用其土地，不得妨害地役权人行使权利。

第一百六十条 地役权人应当按照合同约定的利用目的和方法利用供役地，尽量减少对供役地权利人物权的限制。

第一百六十一条 地役权的期限由当事人约定，但不得超过土地承包经营权、建设用地使用权等用益物权的剩余期限。

第一百六十二条 土地所有权人享有地役权或者负担地役权的，设立土地承包经营权、宅基地使用权时，该土地承包经营权人、宅基地使用权人继续享有或者负担已设立的地役权。

第一百六十三条 土地上已设立土地承包经营权、建设用地使用权、宅基地使用权等权利的，未经用益物权人同意，土地所有权人不得设立地役权。

第一百六十四条 地役权不得单独转让。土地承包经营权、建设用地使用权等转让的，地役权一并转让，但合同另有约定的除外。

第一百六十五条 地役权不得单独抵押。土地承包经营权、建设用地使用权等抵押的，在实现抵押权时，地役权一并转让。

第一百六十六条 需役地以及需役地上的土地承包经营权、建设用地使用权部分转让时，转让部分涉及地役权的，受让人同时享有地



役权。

第一百六十七条 供役地以及供役地上的土地承包经营权、建设用地使用权部分转让时，转让部分涉及地役权的，地役权对受让人具有约束力。

第一百六十八条 地役权人有下列情形之一的，供役地权利人有权解除地役权合同，地役权消灭：

（一）违反法律规定或者合同约定，滥用地役权；

（二）有偿利用供役地，约定的付款期间届满后在合理期限内经两次催告未支付费用。

第一百六十九条 已经登记的地役权变更、转让或者消灭的，应当及时办理变更登记或者注销登记。

第四编 担保物权

第十五章 一般规定

第一百七十条 担保物权人在债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现担保物权的情形，依法享有就担保财产优先受偿的权利，但法律另有规定的除外。

第一百七十一条 债权人在借贷、买卖等民事活动中，为保障实现其债权，需要担保的，可以依照本法和其他法律的规定设立担保物权。

第三人为债务人向债权人提供担保的，可以要求债务人提供反担保。反担保适用本法和其他法律的规定。

第一百七十二条 设立担保物权，应当依照本法和其他法律的规定订立担保合同。担保合同是主债权债务合同的从合同。主债权债务合同无效，担保合同无效，但法律另有规定的除外。

担保合同被确认无效后，债务人、担保人、债权人有过错的，应

当根据其过错各自承担相应的民事责任。

第一百七十三条 担保物权的担保范围包括主债权及其利息、违约金、损害赔偿金、保管担保财产和实现担保物权的费用。当事人另有约定的，按照约定。

第一百七十四条 担保期间，担保财产毁损、灭失或者被征收等，担保物权人可以就获得的保险金、赔偿金或者补偿金等优先受偿。被担保债权的履行期未届满的，也可以提存该保险金、赔偿金或者补偿金等。

第一百七十五条 第三人提供担保，未经其书面同意，债权人允许债务人转移全部或者部分债务的，担保人不再承担相应的担保责任。

第一百七十六条 被担保的债权既有物的担保又有人的担保的，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现担保物权的情形，债权人应当按照约定实现债权；没有约定或者约定不明确，债务人自己提供物的担保的，债权人应当先就该物的担保实现债权；第三人提供物的担保的，债权人可以就物的担保实现债权，也可以要求保证人承担保证责任。提供担保的第三人承担担保责任后，有权向债务人追偿。

第一百七十七条 有下列情形之一的，担保物权消灭：

（一）主债权消灭；

（二）担保物权实现；

（三）债权人放弃担保物权；

（四）法律规定担保物权消灭的其他情形。

第一百七十八条 担保法与本法的规定不一致的，适用本法。

第十六章 抵押权

第一节 一般抵押权

第一百七十九条 为担保债务的履行，债务人或者第三人不转移

财产的占有，将该财产抵押给债权人的，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形，债权人有权就该财产优先受偿。

前款规定的债务人或者第三人为抵押人，债权人为抵押权人，提供担保的财产为抵押财产。

第一百八十条 债务人或者第三人有权处分的下列财产可以抵押：

（一）建筑物和其他土地附着物；

（二）建设用地使用权；

（三）以招标、拍卖、公开协商等方式取得的荒地等土地承包经营权；

（四）生产设备、原材料、半成品、产品；

（五）正在建造的建筑物、船舶、航空器；

（六）交通运输工具；

（七）法律、行政法规未禁止抵押的其他财产。

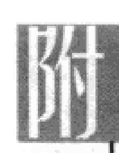
抵押人可以将前款所列财产一并抵押。

第一百八十一条 经当事人书面协议，企业、个体工商户、农业生产经营者可以将现有的以及将有的生产设备、原材料、半成品、产品抵押，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形，债权人有权就实现抵押权时的动产优先受偿。

第一百八十二条 以建筑物抵押的，该建筑物占用范围内的建设用地使用权一并抵押。以建设用地使用权抵押的，该土地上的建筑物一并抵押。

抵押人未依照前款规定一并抵押的，未抵押的财产视为一并抵押。

第一百八十三条 乡镇、村企业的建设用地使用权不得单独抵押。以乡镇、村企业的厂房等建筑物抵押的，其占用范围内的建设用



地使用权一并抵押。

第一百八十四条 下列财产不得抵押：

（一）土地所有权；

（二）耕地、宅基地、自留地、自留山等集体所有的土地使用权，但法律规定可以抵押的除外；

（三）学校、幼儿园、医院等以公益为目的的事业单位、社会团体的教育设施、医疗卫生设施和其他社会公益设施；

（四）所有权、使用权不明或者有争议的财产；

（五）依法被查封、扣押、监管的财产；

（六）法律、行政法规规定不得抵押的其他财产。

第一百八十五条 设立抵押权，当事人应当采取书面形式订立抵押合同。

抵押合同一般包括下列条款：

（一）被担保债权的种类和数额；

（二）债务人履行债务的期限；

（三）抵押财产的名称、数量、质量、状况、所在地、所有权归属或者使用权归属；

（四）担保的范围。

第一百八十六条 抵押权人在债务履行期届满前，不得与抵押人约定债务人不履行到期债务时抵押财产归债权人所有。

第一百八十七条 以本法第一百八十条第一款第一项至第三项规定的财产或者第五项规定的正在建造的建筑物抵押的，应当办理抵押登记。抵押权自登记时设立。

第一百八十八条 以本法第一百八十条第一款第四项、第六项规定的财产或者第五项规定的正在建造的船舶、航空器抵押的，抵押权自抵押合同生效时设立；未经登记，不得对抗善意第三人。

第一百八十九条 企业、个体工商户、农业生产经营者以本法第

一百八十一条规定的动产抵押的，应当向抵押人住所地的工商行政管理部门办理登记。抵押权自抵押合同生效时设立；未经登记，不得对抗善意第三人。

依照本法第一百八十一条规定抵押的，不得对抗正常经营活动中已支付合理价款并取得抵押财产的买受人。

第一百九十条 订立抵押合同前抵押财产已出租的，原租赁关系不受该抵押权的影响。抵押权设立后抵押财产出租的，该租赁关系不得对抗已登记的抵押权。



第一百九十一条 抵押期间，抵押人经抵押权人同意转让抵押财产的，应当将转让所得的价款向抵押权人提前清偿债务或者提存。转让的价款超过债权数额的部分归抵押人所有，不足部分由债务人清偿。

抵押期间，抵押人未经抵押权人同意，不得转让抵押财产，但受让人代为清偿债务消灭抵押权的除外。

第一百九十二条 抵押权不得与债权分离而单独转让或者作为其他债权的担保。债权转让的，担保该债权的抵押权一并转让，但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。

第一百九十三条 抵押人的行为足以使抵押财产价值减少的，抵押权人有权要求抵押人停止其行为。抵押财产价值减少的，抵押权人有权要求恢复抵押财产的价值，或者提供与减少的价值相应的担保。抵押人不恢复抵押财产的价值也不提供担保的，抵押权人有权要求债务人提前清偿债务。

第一百九十四条 抵押权人可以放弃抵押权或者抵押权的顺位。抵押权人与抵押人可以协议变更抵押权顺位以及被担保的债权数额等内容，但抵押权的变更，未经其他抵押权人书面同意，不得对其他抵押权人产生不利影响。

债务人以自己的财产设定抵押，抵押权人放弃该抵押权、抵押权

顺位或者变更抵押权的，其他担保人在抵押权人丧失优先受偿权益的范围内免除担保责任，但其他担保人承诺仍然提供担保的除外。

第一百九十五条 债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形，抵押权人可以与抵押人协议以抵押财产折价或者以拍卖、变卖该抵押财产所得的价款优先受偿。协议损害其他债权人利益的，其他债权人可以在知道或者应当知道撤销事由之日起一年内请求人民法院撤销该协议。

抵押权人与抵押人未就抵押权实现方式达成协议的，抵押权人可以请求人民法院拍卖、变卖抵押财产。

抵押财产折价或者变卖的，应当参照市场价格。

第一百九十六条 依照本法第一百八十一条规定设定抵押的，抵押财产自下列情形之一发生时确定：

（一）债务履行期届满，债权未实现；

（二）抵押人被宣告破产或者被撤销；

（三）当事人约定的实现抵押权的情形；

（四）严重影响债权实现的其他情形。

第一百九十七条 债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形，致使抵押财产被人民法院依法扣押的，自扣押之日起抵押权人有权收取该抵押财产的天然孳息或者法定孳息，但抵押权人未通知应当清偿法定孳息的义务人的除外。

前款规定的孳息应当先充抵收取孳息的费用。

第一百九十八条 抵押财产折价或者拍卖、变卖后，其价款超过债权数额的部分归抵押人所有，不足部分由债务人清偿。

第一百九十九条 同一财产向两个以上债权人抵押的，拍卖、变卖抵押财产所得的价款依照下列规定清偿：

（一）抵押权已登记的，按照登记的先后顺序清偿；顺序相同的，按照债权比例清偿；

（二）抵押权已登记的先于未登记的受偿；

（三）抵押权未登记的，按照债权比例清偿。

第二百条 建设用地使用权抵押后，该土地上新增的建筑物不属于抵押财产。该建设用地使用权实现抵押权时，应当将该土地上新增的建筑物与建设用地使用权一并处分，但新增建筑物所得的价款，抵押权人无权优先受偿。

第二百零一条 依照本法第一百八十条第一款第三项规定的土地承包经营权抵押的，或者依照本法第一百八十三条规定以乡镇、村企业的厂房等建筑物占用范围内的建设用地使用权一并抵押的，实现抵押权后，未经法定程序，不得改变土地所有权的性质和土地用途。

第二百零二条 抵押权人应当在主债权诉讼时效期间行使抵押权；未行使的，人民法院不予保护。

第二节 最高额抵押权

第二百零三条 为担保债务的履行，债务人或者第三人对一定期间内将要连续发生的债权提供担保财产的，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形，抵押权人有权在最高债权额限度内就该担保财产优先受偿。

最高额抵押权设立前已经存在的债权，经当事人同意，可以转入最高额抵押担保的债权范围。

第二百零四条 最高额抵押担保的债权确定前，部分债权转让的，最高额抵押权不得转让，但当事人另有约定的除外。

第二百零五条 最高额抵押担保的债权确定前，抵押权人与抵押人可以通过协议变更债权确定的期间、债权范围以及最高债权额，但变更的内容不得对其他抵押权人产生不利影响。

第二百零六条 有下列情形之一的，抵押权人的债权确定：

（一）约定的债权确定期间届满；

（二）没有约定债权确定期间或者约定不明确，抵押权人或者抵

押人自最高额抵押权设立之日起满二年后请求确定债权；

（三）新的债权不可能发生；

（四）抵押财产被查封、扣押；

（五）债务人、抵押人被宣告破产或者被撤销；

（六）法律规定债权确定的其他情形。

第二百零七条 最高额抵押权除适用本节规定外，适用本章第一节一般抵押权的规定。

第十七章 质权

第一节 动产质权

第二百零八条 为担保债务的履行，债务人或者第三人将其动产出质给债权人占有的，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现质权的情形，债权人有权就该动产优先受偿。

前款规定的债务人或者第三人为出质人，债权人为质权人，交付的动产为质押财产。

第二百零九条 法律、行政法规禁止转让的动产不得出质。

第二百一十条 设立质权，当事人应当采取书面形式订立质权合同。

质权合同一般包括下列条款：

（一）被担保债权的种类和数额；

（二）债务人履行债务的期限；

（三）质押财产的名称、数量、质量、状况；

（四）担保的范围；

（五）质押财产交付的时间。

第二百一十一条 质权人在债务履行期届满前，不得与出质人约定债务人不履行到期债务时质押财产归债权人所有。

第二百一十二条 质权自出质人交付质押财产时设立。

第二百一十三条 质权人有权收取质押财产的孳息，但合同另有约定的除外。

前款规定的孳息应当先充抵收取孳息的费用。

第二百一十四条 质权人在质权存续期间，未经出质人同意，擅自使用、处分质押财产，给出质人造成损害的，应当承担赔偿责任。

第二百一十五条 质权人负有妥善保管质押财产的义务；因保管不善致使质押财产毁损、灭失的，应当承担赔偿责任。

质权人的行为可能使质押财产毁损、灭失的，出质人可以要求质权人将质押财产提存，或者要求提前清偿债务并返还质押财产。



第二百一十六条 因不能归责于质权人的事由可能使质押财产毁损或者价值明显减少，足以危害质权人权利的，质权人有权要求出质人提供相应的担保；出质人不提供的，质权人可以拍卖、变卖质押财产，并与出质人通过协议将拍卖、变卖所得的价款提前清偿债务或者提存。

第二百一十七条 质权人在质权存续期间，未经出质人同意转质，造成质押财产毁损、灭失的，应当向出质人承担赔偿责任。

第二百一十八条 质权人可以放弃质权。债务人以自己的财产出质，质权人放弃该质权的，其他担保人在质权人丧失优先受偿权益的范围内免除担保责任，但其他担保人承诺仍然提供担保的除外。

第二百一十九条 债务人履行债务或者出质人提前清偿所担保的债权的，质权人应当返还质押财产。

债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现质权的情形，质权人可以与出质人协议以质押财产折价，也可以就拍卖、变卖质押财产所得的价款优先受偿。

质押财产折价或者变卖的，应当参照市场价格。

第二百二十条 出质人可以请求质权人在债务履行期届满后及时行使质权；质权人不行使的，出质人可以请求人民法院拍卖、变卖质

押财产。

出质人请求质权人及时行使质权，因质权人怠于行使权利造成损害的，由质权人承担赔偿责任。

第二百二十一条 质押财产折价或者拍卖、变卖后，其价款超过债权数额的部分归出质人所有，不足部分由债务人清偿。

第二百二十二条 出质人与质权人可以协议设立最高额质权。

最高额质权除适用本节有关规定外，参照本法第十六章第二节最高额抵押权的规定。

第二节 权利质权

第二百二十三条 债务人或者第三人有权处分的下列权利可以出质：

（一）汇票、支票、本票；

（二）债券、存款单；

（三）仓单、提单；

（四）可以转让的基金份额、股权；

（五）可以转让的注册商标专用权、专利权、著作权等知识产权中的财产权；

（六）应收账款；

（七）法律、行政法规规定可以出质的其他财产权利。

第二百二十四条 以汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单出质的，当事人应当订立书面合同。质权自权利凭证交付质权人时设立；没有权利凭证的，质权自有关部门办理出质登记时设立。

第二百二十五条 汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单的兑现日期或者提货日期先于主债权到期的，质权人可以兑现或者提货，并与出质人协议将兑现的价款或者提取的货物提前清偿债务或者提存。

第二百二十六条 以基金份额、股权出质的，当事人应当订立书

面合同。以基金份额、证券登记结算机构登记的股权出质的，质权自证券登记结算机构办理出质登记时设立；以其他股权出质的，质权自工商行政管理部门办理出质登记时设立。

基金份额、股权出质后，不得转让，但经出质人与质权人协商同意的除外。出质人转让基金份额、股权所得的价款，应当向质权人提前清偿债务或者提存。

第二百二十七条 以注册商标专用权、专利权、著作权等知识产权中的财产权出质的，当事人应当订立书面合同。质权自有关主管部门办理出质登记时设立。



知识产权中的财产权出质后，出质人不得转让或者许可他人使用，但经出质人与质权人协商同意的除外。出质人转让或者许可他人使用出质的知识产权中的财产权所得的价款，应当向质权人提前清偿债务或者提存。

第二百二十八条 以应收账款出质的，当事人应当订立书面合同。质权自信贷征信机构办理出质登记时设立。

应收账款出质后，不得转让，但经出质人与质权人协商同意的除外。出质人转让应收账款所得的价款，应当向质权人提前清偿债务或者提存。

第二百二十九条 权利质权除适用本节规定外，适用本章第一节动产质权的规定。

第十八章　留置权

第二百三十条 债务人不履行到期债务，债权人可以留置已经合法占有的债务人的动产，并有权就该动产优先受偿。

前款规定的债权人为留置权人，占有的动产为留置财产。

第二百三十一条 债权人留置的动产，应当与债权属于同一法律关系，但企业之间留置的除外。

第二百三十二条 法律规定或者当事人约定不得留置的动产，不得留置。

第二百三十三条 留置财产为可分物的，留置财产的价值应当相当于债务的金额。

第二百三十四条 留置权人负有妥善保管留置财产的义务；因保管不善致使留置财产毁损、灭失的，应当承担赔偿责任。

第二百三十五条 留置权人有权收取留置财产的孳息。

前款规定的孳息应当先充抵收取孳息的费用。

第二百三十六条 留置权人与债务人应当约定留置财产后的债务履行期间；没有约定或者约定不明确的，留置权人应当给债务人两个月以上履行债务的期间，但鲜活易腐等不易保管的动产除外。债务人逾期未履行的，留置权人可以与债务人协议以留置财产折价，也可以就拍卖、变卖留置财产所得的价款优先受偿。

留置财产折价或者变卖的，应当参照市场价格。

第二百三十七条 债务人可以请求留置权人在债务履行期届满后行使留置权；留置权人不行使的，债务人可以请求人民法院拍卖、变卖留置财产。

第二百三十八条 留置财产折价或者拍卖、变卖后，其价款超过债权数额的部分归债务人所有，不足部分由债务人清偿。

第二百三十九条 同一动产上已设立抵押权或者质权，该动产又被留置的，留置权人优先受偿。

第二百四十条 留置权人对留置财产丧失占有或者留置权人接受债务人另行提供担保的，留置权消灭。

第五编 占有

第十九章 占有

第二百四十一条 基于合同关系等产生的占有，有关不动产或者

动产的使用、收益、违约责任等，按照合同约定；合同没有约定或者约定不明确的，依照有关法律规定。

第二百四十二条 占有人因使用占有的不动产或者动产，致使该不动产或者动产受到损害的，恶意占有人应当承担赔偿责任。

第二百四十三条 不动产或者动产被占有人占有的，权利人可以请求返还原物及其孳息，但应当支付善意占有人因维护该不动产或者动产支出的必要费用。

第二百四十四条 占有的不动产或者动产毁损、灭失，该不动产或者动产的权利人请求赔偿的，占有人应当将因毁损、灭失取得的保险金、赔偿金或者补偿金等返还给权利人；权利人的损害未得到足够弥补的，恶意占有人还应当赔偿损失。

第二百四十五条 占有的不动产或者动产被侵占的，占有人有权请求返还原物；对妨害占有的行为，占有人有权请求排除妨害或者消除危险；因侵占或者妨害造成损害的，占有人有权请求损害赔偿。

占有人返还原物的请求权，自侵占发生之日起一年内未行使的，该请求权消灭。

附　则

第二百四十六条 法律、行政法规对不动产统一登记的范围、登记机构和登记办法作出规定前，地方性法规可以依照本法有关规定作出规定。

第二百四十七条 本法自2007年10月1日起施行。

中华人民共和国城市房地产管理法

第一章　总则

第一条　为了加强对城市房地产的管理，维护房地产市场秩序，保障房地产权利人的合法权益，促进房地产业的健康发展，制定本法。

第二条　在中华人民共和国城市规划区国有土地（以下简称国有土地）范围内取得房地产开发用地的土地使用权，从事房地产开发、房地产交易，实施房地产管理，应当遵守本法。

本法所称房屋，是指土地上的房屋等建筑物及构筑物。

本法所称房地产开发，是指在依据本法取得国有土地使用权的土地上进行基础设施、房屋建设的行为。

本法所称房地产交易，包括房地产转让、房地产抵押和房屋租赁。

第三条　国家依法实行国有土地有偿、有限期使用制度。但是，国家在本法规定的范围内划拨国有土地使用权的除外。

第四条　国家根据社会、经济发展水平，扶持发展居民住宅建设，逐步改善居民的居住条件。

第五条　房地产权利人应当遵守法律和行政法规，依法纳税。房地产权利人的合法权益受法律保护，任何单位和个人不得侵犯。

第六条　为了公共利益的需要，国家可以征收国有土地上单位和个人的房屋，并依法给予拆迁补偿，维护被征收人的合法权益；征收个人住宅的，还应当保障被征收人的居住条件。具体办法由国务院

规定。

第七条 国务院建设行政主管部门、土地管理部门依照国务院规定的职权划分，各司其职，密切配合，管理全国房地产工作。

县级以上地方人民政府房产管理、土地管理部门的机构设置及其职权由省、自治区、直辖市人民政府确定。

第二章 房地产开发用地

第一节 土地使用权出让

第八条 土地使用权出让，是指国家将国有土地使用权（以下简称土地使用权）在一定年限内出让给土地使用者，由土地使用者向国家支付土地使用权出让金的行为。

第九条 城市规划区内的集体所有的土地，经依法征用转为国有土地后，该幅国有土地的使用权方可有偿出让。

第十条 土地使用权出让，必须符合土地利用总体规划、城市规划和年度建设用地计划。

第十一条 县级以上地方人民政府出让土地使用权用于房地产开发的，须根据省级以上人民政府下达的控制指标拟订年度出让土地使用权总面积方案，按照国务院规定，报国务院或者省级人民政府批准。

第十二条 土地使用权出让，由市、县人民政府有计划、有步骤地进行。出让的每幅地块、用途、年限和其他条件，由市、县人民政府土地管理部门会同城市规划、建设、房产管理部门共同拟定方案，按照国务院规定，报经有批准权的人民政府批准后，由市、县人民政府土地管理部门实施。

直辖市的县人民政府及其有关部门行使前款规定的权限，由直辖市人民政府规定。

第十三条 土地使用权出让，可以采取拍卖、招标或者双方协议

的方式。

商业、旅游、娱乐和豪华住宅用地，有条件的，必须采取拍卖、招标方式；没有条件，不能采取拍卖、招标方式的，可以采取双方协议的方式。

采取双方协议方式出让土地使用权的出让金不得低于按国家规定所确定的最低价。

第十四条 土地使用权出让最高年限由国务院规定。

第十五条 土地使用权出让，应当签订书面出让合同。

土地使用权出让合同由市、县人民政府土地管理部门与土地使用者签订。

第十六条 土地使用者必须按照出让合同约定，支付土地使用权出让金；未按照出让合同约定支付土地使用权出让金的，土地管理部门有权解除合同，并可以请求违约赔偿。

第十七条 土地使用者按照出让合同约定支付土地使用权出让金的，市、县人民政府土地管理部门必须按照出让合同约定，提供出让的土地；未按照出让合同约定提供出让的土地的，土地使用者有权解除合同，由土地管理部门返还土地使用权出让金，土地使用者并可以请求违约赔偿。

第十八条 土地使用者需要改变土地使用权出让合同约定的土地用途的，必须取得出让方和市、县人民政府城市规划行政主管部门的同意，签订土地使用权出让合同变更协议或者重新签订土地使用权出让合同，相应调整土地使用权出让金。

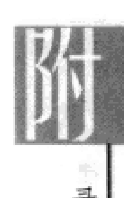
第十九条 土地使用权出让金应当全部上缴财政，列入预算，用于城市基础设施建设和土地开发。土地使用权出让金上缴和使用的具体办法由国务院规定。

第二十条 国家对土地使用者依法取得的土地使用权，在出让合同约定的使用年限届满前不收回；在特殊情况下，根据社会公共利益

的需要，可以依照法律程序提前收回，并根据土地使用者使用土地的实际年限和开发土地的实际情况给予相应的补偿。

第二十一条 土地使用权因土地灭失而终止。

第二十二条 土地使用权出让合同约定的使用年限届满，土地使用者需要继续使用土地的，应当至迟于届满前一年申请续期，除根据社会公共利益需要收回该幅土地的，应当予以批准。经批准准予续期的，应当重新签订土地使用权出让合同，依照规定支付土地使用权出让金。



土地使用权出让合同约定的使用年限届满，土地使用者未申请续期或者虽申请续期但依照前款规定未获批准的，土地使用权由国家无偿收回。

第二节 土地使用权划拨

第二十三条 土地使用权划拨，是指县级以上人民政府依法批准，在土地使用者缴纳补偿、安置等费用后将该幅土地交付其使用，或者将土地使用权无偿交付给土地使用者使用的行为。

依照本法规定以划拨方式取得土地使用权的，除法律、行政法规另有规定外，没有使用期限的限制。

第二十四条 下列建设用地的土地使用权，确属必需的，可以由县级以上人民政府依法批准划拨：

（一）国家机关用地和军事用地；

（二）城市基础设施用地和公益事业用地；

（三）国家重点扶持的能源、交通、水利等项目用地；

（四）法律、行政法规规定的其他用地。

第三章 房地产开发

第二十五条 房地产开发必须严格执行城市规划，按照经济效益、社会效益、环境效益相统一的原则，实行全面规划、合理布局、

综合开发、配套建设。

第二十六条 以出让方式取得土地使用权进行房地产开发的，必须按照土地使用权出让合同约定的土地用途、动工开发期限开发土地。超过出让合同约定的动工开发日期满一年未动工开发的，可以征收相当于土地使用权出让金百分之二十以下的土地闲置费；满二年未动工开发的，可以无偿收回土地使用权；但是，因不可抗力或者政府、政府有关部门的行为或者动工开发必需的前期工作造成动工开发迟延的除外。

第二十七条 房地产开发项目的设计、施工，必须符合国家的有关标准和规范。

房地产开发项目竣工，经验收合格后，方可交付使用。

第二十八条 依法取得的土地使用权，可以依照本法和有关法律、行政法规的规定，作价入股，合资、合作开发经营房地产。

第二十九条 国家采取税收等方面的优惠措施鼓励和扶持房地产开发企业开发建设居民住宅。

第三十条 房地产开发企业是以营利为目的，从事房地产开发和经营的企业。设立房地产开发企业，应当具备下列条件：

（一）有自己的名称和组织机构；

（二）有固定的经营场所；

（三）有符合国务院规定的注册资本；

（四）有足够的专业技术人员；

（五）法律、行政法规规定的其他条件。

设立房地产开发企业，应当向工商行政管理部门申请设立登记。工商行政管理部门对符合本法规定条件的，应当予以登记，发给营业执照；对不符合本法规定条件的，不予登记。

设立有限责任公司、股份有限公司，从事房地产开发经营的，还应当执行公司法的有关规定。

房地产开发企业在领取营业执照后的一个月内，应当到登记机关所在地的县级以上地方人民政府规定的部门备案。

第三十一条 房地产开发企业的注册资本与投资总额的比例应当符合国家有关规定。

房地产开发企业分期开发房地产的，分期投资额应当与项目规模相适应，并按照土地使用权出让合同的约定，按期投入资金，用于项目建设。

第四章 房地产交易

第一节 一般规定

第三十二条 房地产转让、抵押时，房屋的所有权和该房屋占用范围内的土地使用权同时转让、抵押。

第三十三条 基准地价、标定地价和各类房屋的重置价格应当定期确定并公布。具体办法由国务院规定。

第三十四条 国家实行房地产价格评估制度。

房地产价格评估，应当遵循公正、公平、公开的原则，按照国家规定的技术标准和评估程序，以基准地价、标定地价和各类房屋的重置价格为基础，参照当地的市场价格进行评估。

第三十五条 国家实行房地产成交价格申报制度。

房地产权利人转让房地产，应当向县级以上地方人民政府规定的部门如实申报成交价，不得瞒报或者作不实的申报。

第三十六条 房地产转让、抵押，当事人应当依照本法第五章的规定办理权属登记。

第二节 房地产转让

第三十七条 房地产转让，是指房地产权利人通过买卖、赠与或者其他合法方式将其房地产转移给他人的行为。

第三十八条 下列房地产，不得转让：

（一）以出让方式取得土地使用权的，不符合本法第三十九条规定的条件的；

（二）司法机关和行政机关依法裁定、决定查封或者以其他形式限制房地产权利的；

（三）依法收回土地使用权的；

（四）共有房地产，未经其他共有人书面同意的；

（五）权属有争议的；

（六）未依法登记领取权属证书的；

（七）法律、行政法规规定禁止转让的其他情形。

第三十九条 以出让方式取得土地使用权的，转让房地产时，应当符合下列条件：

（一）按照出让合同约定已经支付全部土地使用权出让金，并取得土地使用权证书；

（二）按照出让合同约定进行投资开发，属于房屋建设工程的，完成开发投资总额的百分之二十五以上，属于成片开发土地的，形成工业用地或者其他建设用地条件。

转让房地产时房屋已经建成的，还应当持有房屋所有权证书。

第四十条 以划拨方式取得土地使用权的，转让房地产时，应当按照国务院规定，报有批准权的人民政府审批。有批准权的人民政府准予转让的，应当由受让方办理土地使用权出让手续，并依照国家有关规定缴纳土地使用权出让金。

以划拨方式取得土地使用权的，转让房地产报批时，有批准权的人民政府按照国务院规定决定可以不办理土地使用权出让手续的，转让方应当按照国务院规定将转让房地产所获收益中的土地收益上缴国家或者作其他处理。

第四十一条 房地产转让，应当签订书面转让合同，合同中应当载明土地使用权取得的方式。

第四十二条 房地产转让时，土地使用权出让合同载明的权利、义务随之转移。

第四十三条 以出让方式取得土地使用权的，转让房地产后，其土地使用权的使用年限为原土地使用权出让合同约定的使用年限减去原土地使用者已经使用年限后的剩余年限。

第四十四条 以出让方式取得土地使用权的，转让房地产后，受让人改变原土地使用权出让合同约定的土地用途的，必须取得原出让方和市、县人民政府城市规划行政主管部门的同意，签订土地使用权出让合同变更协议或者重新签订土地使用权出让合同，相应调整土地使用权出让金。



第四十五条 商品房预售，应当符合下列条件：

（一）已交付全部土地使用权出让金，取得土地使用权证书；

（二）持有建设工程规划许可证；

（三）按提供预售的商品房计算，投入开发建设的资金达到工程建设总投资的百分之二十五以上，并已经确定施工进度和竣工交付日期；

（四）向县级以上人民政府房产管理部门办理预售登记，取得商品房预售许可证明。

商品房预售人应当按照国家有关规定将预售合同报县级以上人民政府房产管理部门和土地管理部门登记备案。

商品房预售所得款项，必须用于有关的工程建设。

第四十六条 商品房预售的，商品房预购人将购买的未竣工的预售商品房再行转让的问题，由国务院规定。

第三节 房地产抵押

第四十七条 房地产抵押，是指抵押人以其合法的房地产以不转移占有的方式向抵押权人提供债务履行担保的行为。债务人不履行债务时，抵押权人有权依法以抵押的房地产拍卖所得的价款优先

受偿。

第四十八条 依法取得的房屋所有权连同该房屋占用范围内的土地使用权，可以设定抵押权。

以出让方式取得的土地使用权，可以设定抵押权。

第四十九条 房地产抵押，应当凭土地使用权证书、房屋所有权证书办理。

第五十条 房地产抵押，抵押人和抵押权人应当签订书面抵押合同。

第五十一条 设定房地产抵押权的土地使用权是以划拨方式取得的，依法拍卖该房地产后，应当从拍卖所得的价款中缴纳相当于应缴纳的土地使用权出让金的款额后，抵押权人方可优先受偿。

第五十二条 房地产抵押合同签订后，土地上新增的房屋不属于抵押财产。需要拍卖该抵押的房地产时，可以依法将土地上新增的房屋与抵押财产一同拍卖，但对拍卖新增房屋所得，抵押权人无权优先受偿。

第四节 房屋租赁

第五十三条 房屋租赁，是指房屋所有权人作为出租人将其房屋出租给承租人使用，由承租人向出租人支付租金的行为。

第五十四条 房屋租赁，出租人和承租人应当签订书面租赁合同，约定租赁期限、租赁用途、租赁价格、修缮责任等条款，以及双方的其他权利和义务，并向房产管理部门登记备案。

第五十五条 住宅用房的租赁，应当执行国家和房屋所在城市人民政府规定的租赁政策。租用房屋从事生产、经营活动的，由租赁双方协商议定租金和其他租赁条款。

第五十六条 以营利为目的，房屋所有权人将以划拨方式取得使用权的国有土地上建成的房屋出租的，应当将租金中所含土地收益上缴国家。具体办法由国务院规定。

第五节　中介服务机构

第五十七条　房地产中介服务机构包括房地产咨询机构、房地产价格评估机构、房地产经纪机构等。

第五十八条　房地产中介服务机构应当具备下列条件：

（一）有自己的名称和组织机构；

（二）有固定的服务场所；

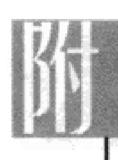
（三）有必要的财产和经费；

（四）有足够数量的专业人员；

（五）法律、行政法规规定的其他条件。

设立房地产中介服务机构，应当向工商行政管理部门申请设立登记，领取营业执照后，方可开业。

第五十九条　国家实行房地产价格评估人员资格认证制度。



第五章　房地产权属登记管理

第六十条　国家实行土地使用权和房屋所有权登记发证制度。

第六十一条　以出让或者划拨方式取得土地使用权，应当向县级以上地方人民政府土地管理部门申请登记，经县级以上地方人民政府土地管理部门核实，由同级人民政府颁发土地使用权证书。

在依法取得的房地产开发用地上建成房屋的，应当凭土地使用权证书向县级以上地方人民政府房产管理部门申请登记，由县级以上地方人民政府房产管理部门核实并颁发房屋所有权证书。

房地产转让或者变更时，应当向县级以上地方人民政府房产管理部门申请房产变更登记，并凭变更后的房屋所有权证书向同级人民政府土地管理部门申请土地使用权变更登记，经同级人民政府土地管理部门核实，由同级人民政府更换或者更改土地使用权证书。

法律另有规定的，依照有关法律的规定办理。

第六十二条　房地产抵押时，应当向县级以上地方人民政府规定

的部门办理抵押登记。

因处分抵押房地产而取得土地使用权和房屋所有权的，应当依照本章规定办理过户登记。

第六十三条 经省、自治区、直辖市人民政府确定，县级以上地方人民政府由一个部门统一负责房产管理和土地管理工作的，可以制作、颁发统一的房地产权证书，依照本法第六十一条的规定，将房屋的所有权和该房屋占用范围内的土地使用权的确认和变更，分别载入房地产权证书。

第六章 法律责任

第六十四条 违反本法第十一条、第十二条的规定，擅自批准出让或者擅自出让土地使用权用于房地产开发的，由上级机关或者所在单位给予有关责任人员行政处分。

第六十五条 违反本法第三十条的规定，未取得营业执照擅自从事房地产开发业务的，由县级以上人民政府工商行政管理部门责令停止房地产开发业务活动，没收违法所得，可以并处罚款。

第六十六条 违反本法第三十九条第一款的规定转让土地使用权的，由县级以上人民政府土地管理部门没收违法所得，可以并处罚款。

第六十七条 违反本法第四十条第一款的规定转让房地产的，由县级以上人民政府土地管理部门责令缴纳土地使用权出让金，没收违法所得，可以并处罚款。

第六十八条 违反本法第四十五条第一款的规定预售商品房的，由县级以上人民政府房产管理部门责令停止预售活动，没收违法所得，可以并处罚款。

第六十九条 违反本法第五十八条的规定，未取得营业执照擅自从事房地产中介服务业务的，由县级以上人民政府工商行政管理部门

责令停止房地产中介服务业务活动，没收违法所得，可以并处罚款。

第七十条 没有法律、法规的依据，向房地产开发企业收费的，上级机关应当责令退回所收取的钱款；情节严重的，由上级机关或者所在单位给予直接责任人员行政处分。

第七十一条 房产管理部门、土地管理部门工作人员玩忽职守、滥用职权，构成犯罪的，依法追究刑事责任；不构成犯罪的，给予行政处分。

房产管理部门、土地管理部门工作人员利用职务上的便利，索取他人财物，或者非法收受他人财物为他人谋取利益，构成犯罪的，依照惩治贪污罪贿赂罪的补充规定追究刑事责任；不构成犯罪的，给予行政处分。

第七章 附则

第七十二条 在城市规划区外的国有土地范围内取得房地产开发用地的土地使用权，从事房地产开发、交易活动以及实施房地产管理，参照本法执行。

第七十三条 本法自 1995 年 1 月 1 日起施行。

国有土地上房屋征收与补偿条例

第一章　总　则

第一条　为了规范国有土地上房屋征收与补偿活动，维护公共利益，保障被征收房屋所有权人的合法权益，制定本条例。

第二条　为了公共利益的需要，征收国有土地上单位、个人的房屋，应当对被征收房屋所有权人（以下称被征收人）给予公平补偿。

第三条　房屋征收与补偿应当遵循决策民主、程序正当、结果公开的原则。

第四条　市、县级人民政府负责本行政区域的房屋征收与补偿工作。

市、县级人民政府确定的房屋征收部门（以下称房屋征收部门）组织实施本行政区域的房屋征收与补偿工作。

市、县级人民政府有关部门应当依照本条例的规定和本级人民政府规定的职责分工，互相配合，保障房屋征收与补偿工作的顺利进行。

第五条　房屋征收部门可以委托房屋征收实施单位，承担房屋征收与补偿的具体工作。房屋征收实施单位不得以营利为目的。

房屋征收部门对房屋征收实施单位在委托范围内实施的房屋征收与补偿行为负责监督，并对其行为后果承担法律责任。

第六条　上级人民政府应当加强对下级人民政府房屋征收与补偿工作的监督。

国务院住房城乡建设主管部门和省、自治区、直辖市人民政府住

房城乡建设主管部门应当会同同级财政、国土资源、发展改革等有关部门，加强对房屋征收与补偿实施工作的指导。

第七条 任何组织和个人对违反本条例规定的行为，都有权向有关人民政府、房屋征收部门和其他有关部门举报。接到举报的有关人民政府、房屋征收部门和其他有关部门对举报应当及时核实、处理。

监察机关应当加强对参与房屋征收与补偿工作的政府和有关部门或者单位及其工作人员的监察。

第二章 征收决定

第八条 为了保障国家安全、促进国民经济和社会发展等公共利益的需要，有下列情形之一，确需征收房屋的，由市、县级人民政府作出房屋征收决定：

（一）国防和外交的需要；

（二）由政府组织实施的能源、交通、水利等基础设施建设的需要；

（三）由政府组织实施的科技、教育、文化、卫生、体育、环境和资源保护、防灾减灾、文物保护、社会福利、市政公用等公共事业的需要；

（四）由政府组织实施的保障性安居工程建设的需要；

（五）由政府依照城乡规划法有关规定组织实施的对危房集中、基础设施落后等地段进行旧城区改建的需要；

（六）法律、行政法规规定的其他公共利益的需要。

第九条 依照本条例第八条规定，确需征收房屋的各项建设活动，应当符合国民经济和社会发展规划、土地利用总体规划、城乡规划和专项规划。保障性安居工程建设、旧城区改建，应当纳入市、县级国民经济和社会发展年度计划。

制定国民经济和社会发展规划、土地利用总体规划、城乡规划和

专项规划，应当广泛征求社会公众意见，经过科学论证。

第十条 房屋征收部门拟定征收补偿方案，报市、县级人民政府。

市、县级人民政府应当组织有关部门对征收补偿方案进行论证并予以公布，征求公众意见。征求意见期限不得少于30日。

第十一条 市、县级人民政府应当将征求意见情况和根据公众意见修改的情况及时公布。

因旧城区改建需要征收房屋，多数被征收人认为征收补偿方案不符合本条例规定的，市、县级人民政府应当组织由被征收人和公众代表参加的听证会，并根据听证会情况修改方案。

第十二条 市、县级人民政府作出房屋征收决定前，应当按照有关规定进行社会稳定风险评估；房屋征收决定涉及被征收人数量较多的，应当经政府常务会议讨论决定。

作出房屋征收决定前，征收补偿费用应当足额到位、专户存储、专款专用。

第十三条 市、县级人民政府作出房屋征收决定后应当及时公告。公告应当载明征收补偿方案和行政复议、行政诉讼权利等事项。

市、县级人民政府及房屋征收部门应当做好房屋征收与补偿的宣传、解释工作。

房屋被依法征收的，国有土地使用权同时收回。

第十四条 被征收人对市、县级人民政府作出的房屋征收决定不服的，可以依法申请行政复议，也可以依法提起行政诉讼。

第十五条 房屋征收部门应当对房屋征收范围内房屋的权属、区位、用途、建筑面积等情况组织调查登记，被征收人应当予以配合。调查结果应当在房屋征收范围内向被征收人公布。

第十六条 房屋征收范围确定后，不得在房屋征收范围内实施新建、扩建、改建房屋和改变房屋用途等不当增加补偿费用的行为；违

反规定实施的，不予补偿。

房屋征收部门应当将前款所列事项书面通知有关部门暂停办理相关手续。暂停办理相关手续的书面通知应当载明暂停期限。暂停期限最长不得超过1年。

第三章　补偿

第十七条　作出房屋征收决定的市、县级人民政府对被征收人给予的补偿包括：

（一）被征收房屋价值的补偿；

（二）因征收房屋造成的搬迁、临时安置的补偿；

（三）因征收房屋造成的停产停业损失的补偿。

市、县级人民政府应当制定补助和奖励办法，对被征收人给予补助和奖励。

第十八条　征收个人住宅，被征收人符合住房保障条件的，作出房屋征收决定的市、县级人民政府应当优先给予住房保障。具体办法由省、自治区、直辖市制定。

第十九条　对被征收房屋价值的补偿，不得低于房屋征收决定公告之日被征收房屋类似房地产的市场价格。被征收房屋的价值，由具有相应资质的房地产价格评估机构按照房屋征收评估办法评估确定。

对评估确定的被征收房屋价值有异议的，可以向房地产价格评估机构申请复核评估。对复核结果有异议的，可以向房地产价格评估专家委员会申请鉴定。

房屋征收评估办法由国务院住房城乡建设主管部门制定，制定过程中，应当向社会公开征求意见。

第二十条　房地产价格评估机构由被征收人协商选定；协商不成的，通过多数决定、随机选定等方式确定，具体办法由省、自治区、直辖市制定。

房地产价格评估机构应当独立、客观、公正地开展房屋征收评估工作，任何单位和个人不得干预。

第二十一条 被征收人可以选择货币补偿，也可以选择房屋产权调换。

被征收人选择房屋产权调换的，市、县级人民政府应当提供用于产权调换的房屋，并与被征收人计算、结清被征收房屋价值与用于产权调换房屋价值的差价。

因旧城区改建征收个人住宅，被征收人选择在改建地段进行房屋产权调换的，作出房屋征收决定的市、县级人民政府应当提供改建地段或者就近地段的房屋。

第二十二条 因征收房屋造成搬迁的，房屋征收部门应当向被征收人支付搬迁费；选择房屋产权调换的，产权调换房屋交付前，房屋征收部门应当向被征收人支付临时安置费或者提供周转用房。

第二十三条 对因征收房屋造成停产停业损失的补偿，根据房屋被征收前的效益、停产停业期限等因素确定。具体办法由省、自治区、直辖市制定。

第二十四条 市、县级人民政府及其有关部门应当依法加强对建设活动的监督管理，对违反城乡规划进行建设的，依法予以处理。

市、县级人民政府作出房屋征收决定前，应当组织有关部门依法对征收范围内未经登记的建筑进行调查、认定和处理。对认定为合法建筑和未超过批准期限的临时建筑的，应当给予补偿；对认定为违法建筑和超过批准期限的临时建筑的，不予补偿。

第二十五条 房屋征收部门与被征收人依照本条例的规定，就补偿方式、补偿金额和支付期限、用于产权调换房屋的地点和面积、搬迁费、临时安置费或者周转用房、停产停业损失、搬迁期限、过渡方式和过渡期限等事项，订立补偿协议。

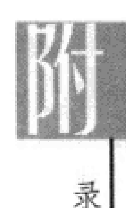
补偿协议订立后，一方当事人不履行补偿协议约定的义务的，另

一方当事人可以依法提起诉讼。

第二十六条 房屋征收部门与被征收人在征收补偿方案确定的签约期限内达不成补偿协议，或者被征收房屋所有权人不明确的，由房屋征收部门报请作出房屋征收决定的市、县级人民政府依照本条例的规定，按照征收补偿方案作出补偿决定，并在房屋征收范围内予以公告。

补偿决定应当公平，包括本条例第二十五条第一款规定的有关补偿协议的事项。

被征收人对补偿决定不服的，可以依法申请行政复议，也可以依法提起行政诉讼。



第二十七条 实施房屋征收应当先补偿、后搬迁。

作出房屋征收决定的市、县级人民政府对被征收人给予补偿后，被征收人应当在补偿协议约定或者补偿决定确定的搬迁期限内完成搬迁。

任何单位和个人不得采取暴力、威胁或者违反规定中断供水、供热、供气、供电和道路通行等非法方式迫使被征收人搬迁。禁止建设单位参与搬迁活动。

第二十八条 被征收人在法定期限内不申请行政复议或者不提起行政诉讼，在补偿决定规定的期限内又不搬迁的，由作出房屋征收决定的市、县级人民政府依法申请人民法院强制执行。

强制执行申请书应当附具补偿金额和专户存储账号、产权调换房屋和周转用房的地点和面积等材料。

第二十九条 房屋征收部门应当依法建立房屋征收补偿档案，并将分户补偿情况在房屋征收范围内向被征收人公布。

审计机关应当加强对征收补偿费用管理和使用情况的监督，并公布审计结果。

第四章　法律责任

第三十条　市、县级人民政府及房屋征收部门的工作人员在房屋征收与补偿工作中不履行本条例规定的职责，或者滥用职权、玩忽职守、徇私舞弊的，由上级人民政府或者本级人民政府责令改正，通报批评；造成损失的，依法承担赔偿责任；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依法给予处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

第三十一条　采取暴力、威胁或者违反规定中断供水、供热、供气、供电和道路通行等非法方式迫使被征收人搬迁，造成损失的，依法承担赔偿责任；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员，构成犯罪的，依法追究刑事责任；尚不构成犯罪的，依法给予处分；构成违反治安管理行为的，依法给予治安管理处罚。

第三十二条　采取暴力、威胁等方法阻碍依法进行的房屋征收与补偿工作，构成犯罪的，依法追究刑事责任；构成违反治安管理行为的，依法给予治安管理处罚。

第三十三条　贪污、挪用、私分、截留、拖欠征收补偿费用的，责令改正，追回有关款项，限期退还违法所得，对有关责任单位通报批评、给予警告；造成损失的，依法承担赔偿责任；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员，构成犯罪的，依法追究刑事责任；尚不构成犯罪的，依法给予处分。

第三十四条　房地产价格评估机构或者房地产估价师出具虚假或者有重大差错的评估报告的，由发证机关责令限期改正，给予警告，对房地产价格评估机构并处 5 万元以上 20 万元以下罚款，对房地产估价师并处 1 万元以上 3 万元以下罚款，并记入信用档案；情节严重的，吊销资质证书、注册证书；造成损失的，依法承担赔偿责任；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

第五章 附则

第三十五条 本条例自公布之日起施行。2001 年 6 月 13 日国务院公布的《城市房屋拆迁管理条例》同时废止。本条例施行前已依法取得房屋拆迁许可证的项目，继续沿用原有的规定办理，但政府不得责成有关部门强制拆迁。

物业管理条例

第一章 总则

第一条 为了规范物业管理活动，维护业主和物业服务企业的合法权益，改善人民群众的生活和工作环境，制定本条例。

第二条 本条例所称物业管理，是指业主通过选聘物业服务企业，由业主和物业服务企业按照物业服务合同约定，对房屋及配套的设施设备和相关场地进行维修、养护、管理，维护物业管理区域内的环境卫生和相关秩序的活动。

第三条 国家提倡业主通过公开、公平、公正的市场竞争机制选择物业服务企业。

第四条 国家鼓励采用新技术、新方法，依靠科技进步提高物业管理和服务水平。

第五条 国务院建设行政主管部门负责全国物业管理活动的监督管理工作。

县级以上地方人民政府房地产行政主管部门负责本行政区域内物业管理活动的监督管理工作。

第二章 业主及业主大会

第六条 房屋的所有权人为业主。

业主在物业管理活动中，享有下列权利：

（一）按照物业服务合同的约定，接受物业服务企业提供的服务；

（二）提议召开业主大会会议，并就物业管理的有关事项提出

建议；

（三）提出制定和修改管理规约、业主大会议事规则的建议；

（四）参加业主大会会议，行使投票权；

（五）选举业主委员会成员，并享有被选举权；

（六）监督业主委员会的工作；

（七）监督物业服务企业履行物业服务合同；

（八）对物业共用部位、共用设施设备和相关场地使用情况享有知情权和监督权；

（九）监督物业共用部位、共用设施设备专项维修资金（以下简称专项维修资金）的管理和使用；

（十）法律、法规规定的其他权利。

第七条 业主在物业管理活动中，履行下列义务：

（一）遵守管理规约、业主大会议事规则；

（二）遵守物业管理区域内物业共用部位和共用设施设备的使用、公共秩序和环境卫生的维护等方面的规章制度；

（三）执行业主大会的决定和业主大会授权业主委员会作出的决定；

（四）按照国家有关规定交纳专项维修资金；

（五）按时交纳物业服务费用；

（六）法律、法规规定的其他义务。

第八条 物业管理区域内全体业主组成业主大会。

业主大会应当代表和维护物业管理区域内全体业主在物业管理活动中的合法权益。

第九条 一个物业管理区域成立一个业主大会。

物业管理区域的划分应当考虑物业的共用设施设备、建筑物规模、社区建设等因素。具体办法由省、自治区、直辖市制定。

第十条 同一个物业管理区域内的业主，应当在物业所在地的



区、县人民政府房地产行政主管部门或者街道办事处、乡镇人民政府的指导下成立业主大会，并选举产生业主委员会。但是，只有一个业主的，或者业主人数较少且经全体业主一致同意，决定不成立业主大会的，由业主共同履行业主大会、业主委员会职责。

第十一条 下列事项由业主共同决定：

（一）制定和修改业主大会议事规则；

（二）制定和修改管理规约；

（三）选举业主委员会或者更换业主委员会成员；

（四）选聘和解聘物业服务企业；

（五）筹集和使用专项维修资金；

（六）改建、重建建筑物及其附属设施；

（七）有关共有和共同管理权利的其他重大事项。

第十二条 业主大会会议可以采用集体讨论的形式，也可以采用书面征求意见的形式；但是，应当有物业管理区域内专有部分占建筑物总面积过半数的业主且占总人数过半数的业主参加。

业主可以委托代理人参加业主大会会议。

业主大会决定本条例第十一条第（五）项和第（六）项规定的事项，应当经专有部分占建筑物总面积2/3以上的业主且占总人数2/3以上的业主同意；决定本条例第十一条规定的其他事项，应当经专有部分占建筑物总面积过半数的业主且占总人数过半数的业主同意。

业主大会或者业主委员会的决定，对业主具有约束力。

业主大会或者业主委员会作出的决定侵害业主合法权益的，受侵害的业主可以请求人民法院予以撤销。

第十三条 业主大会会议分为定期会议和临时会议。

业主大会定期会议应当按照业主大会议事规则的规定召开。经20%以上的业主提议，业主委员会应当组织召开业主大会临时会议。

第十四条 召开业主大会会议，应当于会议召开15日以前通知全体业主。

住宅小区的业主大会会议，应当同时告知相关的居民委员会。

业主委员会应当做好业主大会会议记录。

第十五条 业主委员会执行业主大会的决定事项，履行下列职责：

（一）召集业主大会会议，报告物业管理的实施情况；

（二）代表业主与业主大会选聘的物业服务企业签订物业服务合同；

（三）及时了解业主、物业使用人的意见和建议，监督和协助物业服务企业履行物业服务合同；

（四）监督管理规约的实施；

（五）业主大会赋予的其他职责。

第十六条 业主委员会应当自选举产生之日起30日内，向物业所在地的区、县人民政府房地产行政主管部门和街道办事处、乡镇人民政府备案。

业主委员会委员应当由热心公益事业、责任心强、具有一定组织能力的业主担任。

业主委员会主任、副主任在业主委员会成员中推选产生。

第十七条 管理规约应当对有关物业的使用、维护、管理，业主的共同利益，业主应当履行的义务，违反管理规约应当承担的责任等事项依法作出约定。

管理规约应当尊重社会公德，不得违反法律、法规或者损害社会公共利益。

管理规约对全体业主具有约束力。

第十八条 业主大会议事规则应当就业主大会的议事方式、表决程序、业主委员会的组成和成员任期等事项作出约定。

第十九条 业主大会、业主委员会应当依法履行职责，不得作出与物业管理无关的决定，不得从事与物业管理无关的活动。

业主大会、业主委员会作出的决定违反法律、法规的，物业所在地的区、县人民政府房地产行政主管部门或者街道办事处、乡镇人民政府，应当责令限期改正或者撤销其决定，并通告全体业主。

第二十条 业主大会、业主委员会应当配合公安机关，与居民委员会相互协作，共同做好维护物业管理区域内的社会治安等相关工作。

在物业管理区域内，业主大会、业主委员会应当积极配合相关居民委员会依法履行自治管理职责，支持居民委员会开展工作，并接受其指导和监督。

住宅小区的业主大会、业主委员会作出的决定，应当告知相关的居民委员会，并认真听取居民委员会的建议。

第三章 前期物业管理

第二十一条 在业主、业主大会选聘物业服务企业之前，建设单位选聘物业服务企业的，应当签订书面的前期物业服务合同。

第二十二条 建设单位应当在销售物业之前，制定临时管理规约，对有关物业的使用、维护、管理，业主的共同利益，业主应当履行的义务，违反临时管理规约应当承担的责任等事项依法作出约定。

建设单位制定的临时管理规约，不得侵害物业买受人的合法权益。

第二十三条 建设单位应当在物业销售前将临时管理规约向物业买受人明示，并予以说明。

物业买受人在与建设单位签订物业买卖合同时，应当对遵守临时管理规约予以书面承诺。

第二十四条 国家提倡建设单位按照房地产开发与物业管理相分

离的原则，通过招投标的方式选聘具有相应资质的物业服务企业。

住宅物业的建设单位，应当通过招投标的方式选聘具有相应资质的物业服务企业；投标人少于3个或者住宅规模较小的，经物业所在地的区、县人民政府房地产行政主管部门批准，可以采用协议方式选聘具有相应资质的物业服务企业。

第二十五条 建设单位与物业买受人签订的买卖合同应当包含前期物业服务合同约定的内容。

第二十六条 前期物业服务合同可以约定期限；但是，期限未满、业主委员会与物业服务企业签订的物业服务合同生效的，前期物业服务合同终止。

第二十七条 业主依法享有的物业共用部位、共用设施设备的所有权或者使用权，建设单位不得擅自处分。

第二十八条 物业服务企业承接物业时，应当对物业共用部位、共用设施设备进行查验。

第二十九条 在办理物业承接验收手续时，建设单位应当向物业服务企业移交下列资料：

（一）竣工总平面图，单体建筑、结构、设备竣工图，配套设施、地下管网工程竣工图等竣工验收资料；

（二）设施设备的安装、使用和维护保养等技术资料；

（三）物业质量保修文件和物业使用说明文件；

（四）物业管理所必需的其他资料。

物业服务企业应当在前期物业服务合同终止时将上述资料移交给业主委员会。

第三十条 建设单位应当按照规定在物业管理区域内配置必要的物业管理用房。

第三十一条 建设单位应当按照国家规定的保修期限和保修范围，承担物业的保修责任。

第四章　物业管理服务

第三十二条　从事物业管理活动的企业应当具有独立的法人资格。

国家对从事物业管理活动的企业实行资质管理制度。具体办法由国务院建设行政主管部门制定。

第三十三条　从事物业管理的人员应当按照国家有关规定，取得职业资格证书。

第三十四条　一个物业管理区域由一个物业服务企业实施物业管理。

第三十五条　业主委员会应当与业主大会选聘的物业服务企业订立书面的物业服务合同。

物业服务合同应当对物业管理事项、服务质量、服务费用、双方的权利义务、专项维修资金的管理与使用、物业管理用房、合同期限、违约责任等内容进行约定。

第三十六条　物业服务企业应当按照物业服务合同的约定，提供相应的服务。

物业服务企业未能履行物业服务合同的约定，导致业主人身、财产安全受到损害的，应当依法承担相应的法律责任。

第三十七条　物业服务企业承接物业时，应当与业主委员会办理物业验收手续。

业主委员会应当向物业服务企业移交本条例第二十九条第一款规定的资料。

第三十八条　物业管理用房的所有权依法属于业主。未经业主大会同意，物业服务企业不得改变物业管理用房的用途。

第三十九条　物业服务合同终止时，物业服务企业应当将物业管理用房和本条例第二十九条第一款规定的资料交还给业主委员会。

物业服务合同终止时，业主大会选聘了新的物业服务企业的，物业服务企业之间应当做好交接工作。

第四十条 物业服务企业可以将物业管理区域内的专项服务业务委托给专业性服务企业，但不得将该区域内的全部物业管理一并委托给他人。

第四十一条 物业服务收费应当遵循合理、公开以及费用与服务水平相适应的原则，区别不同物业的性质和特点，由业主和物业服务企业按照国务院价格主管部门会同国务院建设行政主管部门制定的物业服务收费办法，在物业服务合同中约定。

第四十二条 业主应当根据物业服务合同的约定交纳物业服务费用。业主与物业使用人约定由物业使用人交纳物业服务费用的，从其约定，业主负连带交纳责任。

已竣工但尚未出售或者尚未交给物业买受人的物业，物业服务费用由建设单位交纳。

第四十三条 县级以上人民政府价格主管部门会同同级房地产行政主管部门，应当加强对物业服务收费的监督。

第四十四条 物业服务企业可以根据业主的委托提供物业服务合同约定以外的服务项目，服务报酬由双方约定。

第四十五条 物业管理区域内，供水、供电、供气、供热、通信、有线电视等单位应当向最终用户收取有关费用。

物业服务企业接受委托代收前款费用的，不得向业主收取手续费等额外费用。

第四十六条 对物业管理区域内违反有关治安、环保、物业装饰装修和使用等方面法律、法规规定的行为，物业服务企业应当制止，并及时向有关行政管理部门报告。

有关行政管理部门在接到物业服务企业的报告后，应当依法对违法行为予以制止或者依法处理。

第四十七条 物业服务企业应当协助做好物业管理区域内的安全防范工作。发生安全事故时，物业服务企业在采取应急措施的同时，应当及时向有关行政管理部门报告，协助做好救助工作。

物业服务企业雇请保安人员的，应当遵守国家有关规定。保安人员在维护物业管理区域内的公共秩序时，应当履行职责，不得侵害公民的合法权益。

第四十八条 物业使用人在物业管理活动中的权利义务由业主和物业使用人约定，但不得违反法律、法规和管理规约的有关规定。

物业使用人违反本条例和管理规约的规定，有关业主应当承担连带责任。

第四十九条 县级以上地方人民政府房地产行政主管部门应当及时处理业主、业主委员会、物业使用人和物业服务企业在物业管理活动中的投诉。

第五章 物业的使用与维护

第五十条 物业管理区域内按照规划建设的公共建筑和共用设施，不得改变用途。

业主依法确需改变公共建筑和共用设施用途的，应当在依法办理有关手续后告知物业服务企业；物业服务企业确需改变公共建筑和共用设施用途的，应当提请业主大会讨论决定同意后，由业主依法办理有关手续。

第五十一条 业主、物业服务企业不得擅自占用、挖掘物业管理区域内的道路、场地，损害业主的共同利益。

因维修物业或者公共利益，业主确需临时占用、挖掘道路、场地的，应当征得业主委员会和物业服务企业的同意；物业服务企业确需临时占用、挖掘道路、场地的，应当征得业主委员会的同意。

业主、物业服务企业应当将临时占用、挖掘的道路、场地，在约

定期限内恢复原状。

第五十二条 供水、供电、供气、供热、通信、有线电视等单位，应当依法承担物业管理区域内相关管线和设施设备维修、养护的责任。

前款规定的单位因维修、养护等需要，临时占用、挖掘道路、场地的，应当及时恢复原状。

第五十三条 业主需要装饰装修房屋的，应当事先告知物业服务企业。

物业服务企业应当将房屋装饰装修中的禁止行为和注意事项告知业主。

第五十四条 住宅物业、住宅小区内的非住宅物业或者与单幢住宅楼结构相连的非住宅物业的业主，应当按照国家有关规定交纳专项维修资金。

专项维修资金属于业主所有，专项用于物业保修期满后物业共用部位、共用设施设备的维修和更新、改造，不得挪作他用。

专项维修资金收取、使用、管理的办法由国务院建设行政主管部门会同国务院财政部门制定。

第五十五条 利用物业共用部位、共用设施设备进行经营的，应当在征得相关业主、业主大会、物业服务企业的同意后，按照规定办理有关手续。业主所得收益应当主要用于补充专项维修资金，也可以按照业主大会的决定使用。

第五十六条 物业存在安全隐患，危及公共利益及他人合法权益时，责任人应当及时维修养护，有关业主应当给予配合。

责任人不履行维修养护义务的，经业主大会同意，可以由物业服务企业维修养护，费用由责任人承担。

第六章 法律责任

第五十七条 违反本条例的规定，住宅物业的建设单位未通过招

投标的方式选聘物业服务企业或者未经批准，擅自采用协议方式选聘物业服务企业的，由县级以上地方人民政府房地产行政主管部门责令限期改正，给予警告，可以并处10万元以下的罚款。

第五十八条 违反本条例的规定，建设单位擅自处分属于业主的物业共用部位、共用设施设备的所有权或者使用权的，由县级以上地方人民政府房地产行政主管部门处5万元以上20万元以下的罚款；给业主造成损失的，依法承担赔偿责任。

第五十九条 违反本条例的规定，不移交有关资料的，由县级以上地方人民政府房地产行政主管部门责令限期改正；逾期仍不移交有关资料的，对建设单位、物业服务企业予以通报，处1万元以上10万元以下的罚款。

第六十条 违反本条例的规定，未取得资质证书从事物业管理的，由县级以上地方人民政府房地产行政主管部门没收违法所得，并处5万元以上20万元以下的罚款；给业主造成损失的，依法承担赔偿责任。

以欺骗手段取得资质证书的，依照本条第一款规定处罚，并由颁发资质证书的部门吊销资质证书。

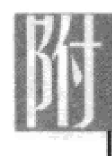
第六十一条 违反本条例的规定，物业服务企业聘用未取得物业管理职业资格证书的人员从事物业管理活动的，由县级以上地方人民政府房地产行政主管部门责令停止违法行为，处5万元以上20万元以下的罚款；给业主造成损失的，依法承担赔偿责任。

第六十二条 违反本条例的规定，物业服务企业将一个物业管理区域内的全部物业管理一并委托给他人的，由县级以上地方人民政府房地产行政主管部门责令限期改正，处委托合同价款30%以上50%以下的罚款；情节严重的，由颁发资质证书的部门吊销资质证书。委托所得收益，用于物业管理区域内物业共用部位、共用设施设备的维修、养护，剩余部分按照业主大会的决定使用；给业主造成损失的，

依法承担赔偿责任。

第六十三条 违反本条例的规定，挪用专项维修资金的，由县级以上地方人民政府房地产行政主管部门追回挪用的专项维修资金，给予警告，没收违法所得，可以并处挪用数额2倍以下的罚款；物业服务企业挪用专项维修资金，情节严重的，并由颁发资质证书的部门吊销资质证书；构成犯罪的，依法追究直接负责的主管人员和其他直接责任人员的刑事责任。

第六十四条 违反本条例的规定，建设单位在物业管理区域内不按照规定配置必要的物业管理用房的，由县级以上地方人民政府房地产行政主管部门责令限期改正，给予警告，没收违法所得，并处10万元以上50万元以下的罚款。



第六十五条 违反本条例的规定，未经业主大会同意，物业服务企业擅自改变物业管理用房的用途的，由县级以上地方人民政府房地产行政主管部门责令限期改正，给予警告，并处1万元以上10万元以下的罚款；有收益的，所得收益用于物业管理区域内物业共用部位、共用设施设备的维修、养护，剩余部分按照业主大会的决定使用。

第六十六条 违反本条例的规定，有下列行为之一的，由县级以上地方人民政府房地产行政主管部门责令限期改正，给予警告，并按照本条第二款的规定处以罚款；所得收益，用于物业管理区域内物业共用部位、共用设施设备的维修、养护，剩余部分按照业主大会的决定使用：

（一）擅自改变物业管理区域内按照规划建设的公共建筑和共用设施用途的；

（二）擅自占用、挖掘物业管理区域内道路、场地，损害业主共同利益的；

（三）擅自利用物业共用部位、共用设施设备进行经营的。

个人有前款规定行为之一的，处1000元以上1万元以下的罚款；单位有前款规定行为之一的，处5万元以上20万元以下的罚款。

第六十七条 违反物业服务合同约定，业主逾期不交纳物业服务费用的，业主委员会应当督促其限期交纳；逾期仍不交纳的，物业服务企业可以向人民法院起诉。

第六十八条 业主以业主大会或者业主委员会的名义，从事违反法律、法规的活动，构成犯罪的，依法追究刑事责任；尚不构成犯罪的，依法给予治安管理处罚。

第六十九条 违反本条例的规定，国务院建设行政主管部门、县级以上地方人民政府房地产行政主管部门或者其他有关行政管理部门的工作人员利用职务上的便利，收受他人财物或者其他好处，不依法履行监督管理职责，或者发现违法行为不予查处，构成犯罪的，依法追究刑事责任；尚不构成犯罪的，依法给予行政处分。

第七章 附则

第七十条 本条例自2003年9月1日起施行。

商品房销售管理办法

第一章　总则

第一条　为了规范商品房销售行为，保障商品房交易双方当事人的合法权益，根据《中华人民共和国城市房地产管理法》、《城市房地产开发经营管理条例》，制定本办法。

第二条　商品房销售及商品房销售管理应当遵守本办法。

第三条　商品房销售包括商品房现售和商品房预售。

本办法所称商品房现售，是指房地产开发企业将竣工验收合格的商品房出售给买受人，并由买受人支付房价款的行为。

本办法所称商品房预售，是指房地产开发企业将正在建设中的商品房预先出售给买受人，并由买受人支付定金或者房价款的行为。

第四条　房地产开发企业可以自行销售商品房，也可以委托房地产中介服务机构销售商品房。

第五条　国务院建设行政主管部门负责全国商品房的销售管理工作。

省、自治区人民政府建设行政主管部门负责本行政区域内商品房的销售管理工作。

直辖市、市、县人民政府建设行政主管部门、房地产行政主管部门（以下统称房地产开发主管部门）按照职责分工，负责本行政区域内商品房的销售管理工作。

第二章　销售条件

第六条　商品房预售实行预售许可制度。商品房预售条件及商品

房预售许可证明的办理程序，按照《城市房地产开发经营管理条例》和《城市商品房预售管理办法》的有关规定执行。

第七条 商品房现售，应当符合以下条件：

（一）现售商品房的房地产开发企业应当具有企业法人营业执照和房地产开发企业资质证书；

（二）取得土地使用权证书或者使用土地的批准文件；

（三）持有建设工程规划许可证和施工许可证；

（四）已通过竣工验收；

（五）拆迁安置已经落实；

（六）供水、供电、供热、燃气、通讯等配套基础设施具备交付使用条件，其他配套基础设施和公共设施具备交付使用条件或者已确定施工进度和交付日期；

（七）物业管理方案已经落实。

第八条 房地产开发企业应当在商品房现售前将房地产开发项目手册及符合商品房现售条件的有关证明文件报送房地产开发主管部门备案。

第九条 房地产开发企业销售设有抵押权的商品房，其抵押权的处理按照《中华人民共和国担保法》、《城市房地产抵押管理办法》的有关规定执行。

第十条 房地产开发企业不得在未解除商品房买卖合同前，将作为合同标的物的商品房再行销售给他人。

第十一条 房地产开发企业不得采取返本销售或者变相返本销售的方式销售商品房。

房地产开发企业不得采取售后包租或者变相售后包租的方式销售未竣工商品房。

第十二条 商品住宅按套销售，不得分割拆零销售。

第十三条 商品房销售时，房地产开发企业选聘了物业管理企业

的，买受人应当在订立商品房买卖合同时与房地产开发企业选聘的物业管理企业订立有关物业管理的协议。

第三章　广告与合同

第十四条　房地产开发企业、房地产中介服务机构发布商品房销售宣传广告，应当执行《中华人民共和国广告法》、《房地产广告发布暂行规定》等有关规定，广告内容必须真实、合法、科学、准确。

第十五条　房地产开发企业、房地产中介服务机构发布的商品房销售广告和宣传资料所明示的事项，当事人应当在商品房买卖合同中约定。

第十六条　商品房销售时，房地产开发企业和买受人应当订立书面商品房买卖合同。

商品房买卖合同应当明确以下主要内容：

（一）当事人名称或者姓名和住所；

（二）商品房基本状况；

（三）商品房的销售方式；

（四）商品房价款的确定方式及总价款、付款方式、付款时间；

（五）交付使用条件及日期；

（六）装饰、设备标准承诺；

（七）供水、供电、供热、燃气、通讯、道路、绿化等配套基础设施和公共设施的交付承诺和有关权益、责任；

（八）公共配套建筑的产权归属；

（九）面积差异的处理方式；

（十）办理产权登记有关事宜；

（十一）解决争议的方法；

（十二）违约责任；

（十三）双方约定的其他事项。

第十七条　商品房销售价格由当事人协商议定，国家另有规定的除外。

第十八条　商品房销售可以按套（单元）计价，也可以按套内建筑面积或者建筑面积计价。

商品房建筑面积由套内建筑面积和分摊的共有建筑面积组成，套内建筑面积部分为独立产权，分摊的共有建筑面积部分为共有产权，买受人按照法律、法规的规定对其享有权利，承担责任。

按套（单元）计价或者按套内建筑面积计价的，商品房买卖合同中应当注明建筑面积和分摊的共有建筑面积。

第十九条　按套（单元）计价的现售房屋，当事人对现售房屋实地勘察后可以在合同中直接约定总价款。

按套（单元）计价的预售房屋，房地产开发企业应当在合同中附所售房屋的平面图。平面图应当标明详细尺寸，并约定误差范围。房屋交付时，套型与设计图纸一致，相关尺寸也在约定的误差范围内，维持总价款不变；套型与设计图纸不一致或者相关尺寸超出约定的误差范围，合同中未约定处理方式的，买受人可以退房或者与房地产开发企业重新约定总价款。买受人退房的，由房地产开发企业承担违约责任。

第二十条　按套内建筑面积或者建筑面积计价的，当事人应当在合同中载明合同约定面积与产权登记面积发生误差的处理方式。

合同未作约定的，按以下原则处理：

（一）面积误差比绝对值在3%以内（含3%）的，据实结算房价款；

（二）面积误差比绝对值超出3%时，买受人有权退房。买受人退房的，房地产开发企业应当在买受人提出退房之日起30日内将买受人已付房价款退还给买受人，同时支付已付房价款利息。买受人不退房的，产权登记面积大于合同约定面积时，面积误差比在3%以内

（含3%）部分的房价款由买受人补足；超出3%部分的房价款由房地产开发企业承担，产权归买受人。产权登记面积小于合同约定面积时，面积误差比绝对值在3%以内（含3%）部分的房价款由房地产开发企业返还买受人；绝对值超出3%部分的房价款由房地产开发企业双倍返还买受人。

$$面积误差比=\frac{产权登记面积-合同约定面积}{合同约定面积}\times 100\%$$

因本办法第二十四条规定的规划设计变更造成面积差异，当事人不解除合同的，应当签署补充协议。

第二十一条 按建筑面积计价的，当事人应当在合同中约定套内建筑面积和分摊的共有建筑面积，并约定建筑面积不变而套内建筑面积发生误差以及建筑面积与套内建筑面积均发生误差时的处理方式。

第二十二条 不符合商品房销售条件的，房地产开发企业不得销售商品房，不得向买受人收取任何预订款性质费用。

符合商品房销售条件的，房地产开发企业在订立商品房买卖合同之前向买受人收取预订款性质费用的，订立商品房买卖合同时，所收费用应当抵作房价款；当事人未能订立商品房买卖合同的，房地产开发企业应当向买受人返还所收费用；当事人之间另有约定的，从其约定。

第二十三条 房地产开发企业应当在订立商品房买卖合同之前向买受人明示《商品房销售管理办法》和《商品房买卖合同示范文本》；预售商品房的，还必须明示《城市商品房预售管理办法》。

第二十四条 房地产开发企业应当按照批准的规划、设计建设商品房。商品房销售后，房地产开发企业不得擅自变更规划、设计。

经规划部门批准的规划变更、设计单位同意的设计变更导致商品房的结构型式、户型、空间尺寸、朝向变化，以及出现合同当事人约定的其他影响商品房质量或者使用功能情形的，房地产开发企业应当

在变更确立之日起10日内，书面通知买受人。

买受人有权在通知到达之日起15日内做出是否退房的书面答复。买受人在通知到达之日起15日内未作书面答复的，视同接受规划、设计变更以及由此引起的房价款的变更。房地产开发企业未在规定时限内通知买受人的，买受人有权退房；买受人退房的，由房地产开发企业承担违约责任。

第四章 销售代理

第二十五条 房地产开发企业委托中介服务机构销售商品房的，受托机构应当是依法设立并取得工商营业执照的房地产中介服务机构。

房地产开发企业应当与受托房地产中介服务机构订立书面委托合同，委托合同应当载明委托期限、委托权限以及委托人和被委托人的权利、义务。

第二十六条 受托房地产中介服务机构销售商品房时，应当向买受人出示商品房的有关证明文件和商品房销售委托书。

第二十七条 受托房地产中介服务机构销售商品房时，应当如实向买受人介绍所代理销售商品房的有关情况。

受托房地产中介服务机构不得代理销售不符合销售条件的商品房。

第二十八条 受托房地产中介服务机构在代理销售商品房时不得收取佣金以外的其他费用。

第二十九条 商品房销售人员应当经过专业培训，方可从事商品房销售业务。

第五章 交付

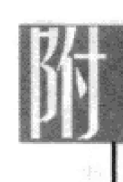
第三十条 房地产开发企业应当按照合同约定，将符合交付使用条件的商品房按期交付给买受人。未能按期交付的，房地产开发企业

应当承担违约责任。

因不可抗力或者当事人在合同中约定的其他原因，需延期交付的，房地产开发企业应当及时告知买受人。

第三十一条 房地产开发企业销售商品房时设置样板房的，应当说明实际交付的商品房质量、设备及装修与样板房是否一致，未作说明的，实际交付的商品房应当与样板房一致。

第三十二条 销售商品住宅时，房地产开发企业应当根据《商品住宅实行质量保证书和住宅使用说明书制度的规定》（以下简称《规定》），向买受人提供《住宅质量保证书》、《住宅使用说明书》。



第三十三条 房地产开发企业应当对所售商品房承担质量保修责任。当事人应当在合同中就保修范围、保修期限、保修责任等内容做出约定。保修期从交付之日起计算。

商品住宅的保修期限不得低于建设工程承包单位向建设单位出具的质量保修书约定保修期的存续期；存续期少于《规定》中确定的最低保修期限的，保修期不得低于《规定》中确定的最低保修期限。

非住宅商品房的保修期限不得低于建设工程承包单位向建设单位出具的质量保修书约定保修期的存续期。

在保修期限内发生的属于保修范围的质量问题，房地产开发企业应当履行保修义务，并对造成的损失承担赔偿责任。因不可抗力或者使用不当造成的损坏，房地产开发企业不承担责任。

第三十四条 房地产开发企业应当在商品房交付使用前按项目委托具有房产测绘资格的单位实施测绘，测绘成果报房地产行政主管部门审核后用于房屋权属登记。

房地产开发企业应当在商品房交付使用之日起60日内，将需要由其提供的办理房屋权属登记的资料报送房屋所在地房地产行政主管部门。

房地产开发企业应当协助商品房买受人办理土地使用权变更和房

屋所有权登记手续。

第三十五条 商品房交付使用后，买受人认为主体结构质量不合格的，可以依照有关规定委托工程质量检测机构重新核验。经核验，确属主体结构质量不合格的，买受人有权退房；给买受人造成损失的，房地产开发企业应当依法承担赔偿责任。

第六章 法律责任

第三十六条 未取得营业执照，擅自销售商品房的，由县级以上人民政府工商行政管理部门依照《城市房地产开发经营管理条例》的规定处罚。

第三十七条 未取得房地产开发企业资质证书，擅自销售商品房的，责令停止销售活动，处5万元以上10万元以下的罚款。

第三十八条 违反法律、法规规定，擅自预售商品房的，责令停止违法行为，没收违法所得；收取预付款的，可以并处已收取的预付款1%以下的罚款。

第三十九条 在未解除商品房买卖合同前，将作为合同标的物的商品房再行销售给他人的，处以警告，责令限期改正，并处2万元以上3万元以下罚款；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

第四十条 房地产开发企业将未组织竣工验收、验收不合格或者对不合格按合格验收的商品房擅自交付使用的，按照《建设工程质量管理条例》的规定处罚。

第四十一条 房地产开发企业未按规定将测绘成果或者需要由其提供的办理房屋权属登记的资料报送房地产行政主管部门的，处以警告，责令限期改正，并可处以2万元以上3万元以下罚款。

第四十二条 房地产开发企业在销售商品房中有下列行为之一的，处以警告，责令限期改正，并可处以1万元以上3万元以下罚款。

（一）未按照规定的现售条件现售商品房的；

（二）未按照规定在商品房现售前将房地产开发项目手册及符合商品房现售条件的有关证明文件报送房地产开发主管部门备案的；

（三）返本销售或者变相返本销售商品房的；

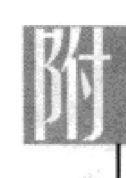
（四）采取售后包租或者变相售后包租方式销售未竣工商品房的；

（五）分割拆零销售商品住宅的；

（六）不符合商品房销售条件，向买受人收取预订款性质费用的；

（七）未按照规定向买受人明示《商品房销售管理办法》、《商品房买卖合同示范文本》、《城市商品房预售管理办法》的；

（八）委托没有资格的机构代理销售商品房的。



第四十三条　房地产中介服务机构代理销售不符合销售条件的商品房的，处以警告，责令停止销售，并可处以2万元以上3万元以下罚款。

第四十四条　国家机关工作人员在商品房销售管理工作中玩忽职守、滥用职权、徇私舞弊，依法给予行政处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

第七章　附则

第四十五条　本办法所称返本销售，是指房地产开发企业以定期向买受人返还购房款的方式销售商品房的行为。

本办法所称售后包租，是指房地产开发企业以在一定期限内承租或者代为出租买受人所购该企业商品房的方式销售商品房的行为。

本办法所称分割拆零销售，是指房地产开发企业以将成套的商品住宅分割为数部分分别出售给买受人的方式销售商品住宅的行为。

本办法所称产权登记面积，是指房地产行政主管部门确认登记的

房屋面积。

第四十六条 省、自治区、直辖市人民政府建设行政主管部门可以根据本办法制定实施细则。

第四十七条 本办法由国务院建设行政主管部门负责解释。

第四十八条 本办法自2001年6月1日起施行。

城市商品房预售管理办法

第一条 为加强商品房预售管理，维护商品房交易双方的合法权益，根据《中华人民共和国城市房地产管理法》、《城市房地产开发经营管理条例》，制定本办法。

第二条 本办法所称商品房预售是指房地产开发企业（以下简称开发企业）将正在建设中的房屋预先出售给承购人，由承购人支付定金或房价款的行为。

第三条 本办法适用于城市商品房预售的管理。

第四条 国务院建设行政主管部门归口管理全国城市商品房预售管理；

省、自治区建设行政主管部门归口管理本行政区域内城市商品房预售管理；

市、县人民政府建设行政主管部门或房地产行政主管部门（以下简称房地产管理部门）负责本行政区域内城市商品房预售管理。

第五条 商品房预售应当符合下列条件：

（一）已交付全部土地使用权出让金，取得土地使用权证书；

（二）持有建设工程规划许可证和施工许可证；

（三）按提供预售的商品房计算，投入开发建设的资金达到工程建设总投资的25%以上，并已经确定施工进度和竣工交付日期。

第六条 商品房预售实行许可制度。开发企业进行商品房预售，应当向房地产管理部门申请预售许可，取得《商品房预售许可证》。

未取得《商品房预售许可证》的，不得进行商品房预售。

第七条 开发企业申请预售许可，应当提交下列证件（复印件）



及资料：

（一）商品房预售许可申请表；

（二）开发企业的《营业执照》和资质证书；

（三）土地使用权证、建设工程规划许可证、施工许可证；

（四）投入开发建设的资金占工程建设总投资的比例符合规定条件的证明；

（五）工程施工合同及关于施工进度的说明；

（六）商品房预售方案。预售方案应当说明预售商品房的位置、面积、竣工交付日期等内容，并应当附预售商品房分层平面图。

第八条 商品房预售许可依下列程序办理：

（一）受理。开发企业按本办法第七条的规定提交有关材料，材料齐全的，房地产管理部门应当当场出具受理通知书；材料不齐的，应当当场或者5日内一次性书面告知需要补充的材料。

（二）审核。房地产管理部门对开发企业提供的有关材料是否符合法定条件进行审核。

开发企业对所提交材料实质内容的真实性负责。

（三）许可。经审查，开发企业的申请符合法定条件的，房地产管理部门应当在受理之日起10日内，依法作出准予预售的行政许可书面决定，发送开发企业，并自作出决定之日起10日内向开发企业颁发、送达《商品房预售许可证》。

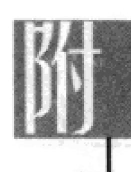
经审查，开发企业的申请不符合法定条件的，房地产管理部门应当在受理之日起10日内，依法作出不予许可的书面决定。书面决定应当说明理由，告知开发企业享有依法申请行政复议或者提起行政诉讼的权利，并送达开发企业。

商品房预售许可决定书、不予商品房预售许可决定书应当加盖房地产管理部门的行政许可专用印章，《商品房预售许可证》应当加盖房地产管理部门的印章。

（四）公示。房地产管理部门作出的准予商品房预售许可的决定，应当予以公开，公众有权查阅。

第九条 开发企业进行商品房预售，应当向承购人出示《商品房预售许可证》。售楼广告和说明书应当载明《商品房预售许可证》的批准文号。

第十条 商品房预售，开发企业应当与承购人签订商品房预售合同。开发企业应当自签约之日起30日内，向房地产管理部门和市、县人民政府土地管理部门办理商品房预售合同登记备案手续。



房地产管理部门应当积极应用网络信息技术，逐步推行商品房预售合同网上登记备案。

商品房预售合同登记备案手续可以委托代理人办理。委托代理人办理的，应当有书面委托书。

第十一条 开发企业预售商品房所得款项应当用于有关的工程建设。

商品房预售款监管的具体办法，由房地产管理部门制定。

第十二条 预售的商品房交付使用之日起90日内，承购人应当依法到房地产管理部门和市、县人民政府土地管理部门办理权属登记手续。开发企业应当予以协助，并提供必要的证明文件。

由于开发企业的原因，承购人未能在房屋交付使用之日起90日内取得房屋权属证书的，除开发企业和承购人有特殊约定外，开发企业应当承担违约责任。

第十三条 开发企业未取得《商品房预售许可证》预售商品房的，依照《城市房地产开发经营管理条例》第三十九条的规定处罚。

第十四条 开发企业不按规定使用商品房预售款项的，由房地产管理部门责令限期纠正，并可处以违法所得3倍以下但不超过3万元的罚款。

第十五条 开发企业隐瞒有关情况、提供虚假材料，或者采用欺

骗、贿赂等不正当手段取得商品房预售许可的，由房地产管理部门责令停止预售，撤销商品房预售许可，并处3万元罚款。

第十六条 省、自治区建设行政主管部门、直辖市建设行政主管部门或房地产行政管理部门可以根据本办法制定实施细则。

第十七条 本办法由国务院建设行政主管部门负责解释。

第十八条 本办法自1995年1月1日起施行。

商品房屋租赁管理办法

第一条 为加强商品房屋租赁管理，规范商品房屋租赁行为，维护商品房屋租赁双方当事人的合法权益，根据《中华人民共和国城市房地产管理法》等有关法律、法规，制定本办法。

第二条 城市规划区内国有土地上的商品房屋租赁（以下简称房屋租赁）及其监督管理，适用本办法。

第三条 房屋租赁应当遵循平等、自愿、合法和诚实信用原则。

第四条 国务院住房和城乡建设主管部门负责全国房屋租赁的指导和监督工作。

县级以上地方人民政府建设（房地产）主管部门负责本行政区域内房屋租赁的监督管理。

第五条 直辖市、市、县人民政府建设（房地产）主管部门应当加强房屋租赁管理规定和房屋使用安全知识的宣传，定期分区域公布不同类型房屋的市场租金水平等信息。

第六条 有下列情形之一的房屋不得出租：

（一）属于违法建筑的；

（二）不符合安全、防灾等工程建设强制性标准的；

（三）违反规定改变房屋使用性质的；

（四）法律、法规规定禁止出租的其他情形。

第七条 房屋租赁当事人应当依法订立租赁合同。房屋租赁合同的内容由当事人双方约定，一般应当包括以下内容：

（一）房屋租赁当事人的姓名（名称）和住所；

（二）房屋的坐落、面积、结构、附属设施，家具和家电等室内

设施状况；

（三）租金和押金数额、支付方式；

（四）租赁用途和房屋使用要求；

（五）房屋和室内设施的安全性能；

（六）租赁期限；

（七）房屋维修责任；

（八）物业服务、水、电、燃气等相关费用的缴纳；

（九）争议解决办法和违约责任；

（十）其他约定。

房屋租赁当事人应当在房屋租赁合同中约定房屋被征收或者拆迁时的处理办法。

建设（房地产）管理部门可以会同工商行政管理部门制定房屋租赁合同示范文本，供当事人选用。

第八条 出租住房的，应当以原设计的房间为最小出租单位，人均租住建筑面积不得低于当地人民政府规定的最低标准。

厨房、卫生间、阳台和地下储藏室不得出租供人员居住。

第九条 出租人应当按照合同约定履行房屋的维修义务并确保房屋和室内设施安全。未及时修复损坏的房屋，影响承租人正常使用的，应当按照约定承担赔偿责任或者减少租金。

房屋租赁合同期内，出租人不得单方面随意提高租金水平。

第十条 承租人应当按照合同约定的租赁用途和使用要求合理使用房屋，不得擅自改动房屋承重结构和拆改室内设施，不得损害其他业主和使用人的合法权益。

承租人因使用不当等原因造成承租房屋和设施损坏的，承租人应当负责修复或者承担赔偿责任。

第十一条 承租人转租房屋的，应当经出租人书面同意。

承租人未经出租人书面同意转租的，出租人可以解除租赁合同，

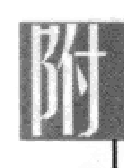
收回房屋并要求承租人赔偿损失。

第十二条　房屋租赁期间内，因赠与、析产、继承或者买卖转让房屋的，原房屋租赁合同继续有效。

承租人在房屋租赁期间死亡的，与其生前共同居住的人可以按照原租赁合同租赁该房屋。

第十三条　房屋租赁期间出租人出售租赁房屋的，应当在出售前合理期限内通知承租人，承租人在同等条件下有优先购买权。

第十四条　房屋租赁合同订立后三十日内，房屋租赁当事人应当到租赁房屋所在地直辖市、市、县人民政府建设（房地产）主管部门办理房屋租赁登记备案。



房屋租赁当事人可以书面委托他人办理租赁登记备案。

第十五条　办理房屋租赁登记备案，房屋租赁当事人应当提交下列材料：

（一）房屋租赁合同；

（二）房屋租赁当事人身份证明；

（三）房屋所有权证书或者其他合法权属证明；

（四）直辖市、市、县人民政府建设（房地产）主管部门规定的其他材料。

房屋租赁当事人提交的材料应当真实、合法、有效，不得隐瞒真实情况或者提供虚假材料。

第十六条　对符合下列要求的，直辖市、市、县人民政府建设（房地产）主管部门应当在三个工作日内办理房屋租赁登记备案，向租赁当事人开具房屋租赁登记备案证明：

（一）申请人提交的申请材料齐全并且符合法定形式；

（二）出租人与房屋所有权证书或者其他合法权属证明记载的主体一致；

（三）不属于本办法第六条规定不得出租的房屋。

申请人提交的申请材料不齐全或者不符合法定形式的，直辖市、市、县人民政府建设（房地产）主管部门应当告知房屋租赁当事人需要补正的内容。

第十七条 房屋租赁登记备案证明应当载明出租人的姓名或者名称，承租人的姓名或者名称、有效身份证件种类和号码，出租房屋的坐落、租赁用途、租金数额、租赁期限等。

第十八条 房屋租赁登记备案证明遗失的，应当向原登记备案的部门补领。

第十九条 房屋租赁登记备案内容发生变化、续租或者租赁终止的，当事人应当在三十日内，到原租赁登记备案的部门办理房屋租赁登记备案的变更、延续或者注销手续。

第二十条 直辖市、市、县建设（房地产）主管部门应当建立房屋租赁登记备案信息系统，逐步实行房屋租赁合同网上登记备案，并纳入房地产市场信息系统。

房屋租赁登记备案记载的信息应当包含以下内容：

（一）出租人的姓名（名称）、住所；

（二）承租人的姓名（名称）、身份证件种类和号码；

（三）出租房屋的坐落、租赁用途、租金数额、租赁期限；

（四）其他需要记载的内容。

第二十一条 违反本办法第六条规定的，由直辖市、市、县人民政府建设（房地产）主管部门责令限期改正，对没有违法所得的，可处以五千元以下罚款；对有违法所得的，可以处以违法所得一倍以上三倍以下，但不超过三万元的罚款。

第二十二条 违反本办法第八条规定的，由直辖市、市、县人民政府建设（房地产）主管部门责令限期改正，逾期不改正的，可处以五千元以上三万元以下罚款。

第二十三条 违反本办法第十四条第一款、第十九条规定的，由

直辖市、市、县人民政府建设（房地产）主管部门责令限期改正；个人逾期不改正的，处以一千元以下罚款；单位逾期不改正的，处以一千元以上一万元以下罚款。

第二十四条 直辖市、市、县人民政府建设（房地产）主管部门对符合本办法规定的房屋租赁登记备案申请不予办理，对不符合本办法规定的房屋租赁登记备案申请予以办理，或者对房屋租赁登记备案信息管理不当，给租赁当事人造成损失的，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

第二十五条 保障性住房租赁按照国家有关规定执行。

第二十六条 城市规划区外国有土地上的房屋租赁和监督管理，参照本办法执行。

第二十七条 省、自治区、直辖市人民政府住房和城乡建设主管部门可以依据本办法制定实施细则。

第二十八条 本办法自2011年2月1日起施行，建设部1995年5月9日发布的《城市房屋租赁管理办法》（建设部令第42号）同时废止。

经济适用住房管理办法

第一章　总则

第一条　为改进和规范经济适用住房制度，保护当事人合法权益，制定本办法。

第二条　本办法所称经济适用住房，是指政府提供政策优惠，限定套型面积和销售价格，按照合理标准建设，面向城市低收入住房困难家庭供应，具有保障性质的政策性住房。

本办法所称城市低收入住房困难家庭，是指城市和县人民政府所在地镇的范围内，家庭收入、住房状况等符合市、县人民政府规定条件的家庭。

第三条　经济适用住房制度是解决城市低收入家庭住房困难政策体系的组成部分。经济适用住房供应对象要与廉租住房保障对象相衔接。经济适用住房的建设、供应、使用及监督管理，应当遵守本办法。

第四条　发展经济适用住房应当在国家统一政策指导下，各地区因地制宜，政府主导、社会参与。市、县人民政府要根据当地经济社会发展水平、居民住房状况和收入水平等因素，合理确定经济适用住房的政策目标、建设标准、供应范围和供应对象等，并组织实施。省、自治区、直辖市人民政府对本行政区域经济适用住房工作负总责，对所辖市、县人民政府实行目标责任制管理。

第五条　国务院建设行政主管部门负责对全国经济适用住房工作的指导和实施监督。县级以上地方人民政府建设或房地产行政主管部

门（以下简称“经济适用住房主管部门”）负责本行政区域内经济适用住房管理工作。

县级以上人民政府发展改革（价格）、监察、财政、国土资源、税务及金融管理等部门根据职责分工，负责经济适用住房有关工作。

第六条 市、县人民政府应当在解决城市低收入家庭住房困难发展规划和年度计划中，明确经济适用住房建设规模、项目布局和用地安排等内容，并纳入本级国民经济与社会发展规划和住房建设规划，及时向社会公布。

第二章 优惠和支持政策

第七条 经济适用住房建设用地以划拨方式供应。经济适用住房建设用地应纳入当地年度土地供应计划，在申报年度用地指标时单独列出，确保优先供应。

第八条 经济适用住房建设项目免收城市基础设施配套费等各种行政事业性收费和政府性基金。经济适用住房项目外基础设施建设费用，由政府负担。经济适用住房建设单位可以以在建项目作抵押向商业银行申请住房开发贷款。

第九条 购买经济适用住房的个人向商业银行申请贷款，除符合《个人住房贷款管理办法》规定外，还应当出具市、县人民政府经济适用住房主管部门准予购房的核准通知。

购买经济适用住房可提取个人住房公积金和优先办理住房公积金贷款。

第十条 经济适用住房的贷款利率按有关规定执行。

第十一条 经济适用住房的建设和供应要严格执行国家规定的各项税费优惠政策。

第十二条 严禁以经济适用住房名义取得划拨土地后，以补交土地出让金等方式，变相进行商品房开发。

第三章 建设管理

第十三条 经济适用住房要统筹规划、合理布局、配套建设，充分考虑城市低收入住房困难家庭对交通等基础设施条件的要求，合理安排区位布局。

第十四条 在商品住房小区中配套建设经济适用住房的，应当在项目出让条件中，明确配套建设的经济适用住房的建设总面积、单套建筑面积、套数、套型比例、建设标准以及建成后移交或者回购等事项，并以合同方式约定。

第十五条 经济适用住房单套的建筑面积控制在60平方米左右。市、县人民政府应当根据当地经济发展水平、群众生活水平、住房状况、家庭结构和人口等因素，合理确定经济适用住房建设规模和各种套型的比例，并进行严格管理。

第十六条 经济适用住房建设按照政府组织协调、市场运作的原则，可以采取项目法人招标的方式，选择具有相应资质和良好社会责任的房地产开发企业实施；也可以由市、县人民政府确定的经济适用住房管理实施机构直接组织建设。在经济适用住房建设中，应注重发挥国有大型骨干建筑企业的积极作用。

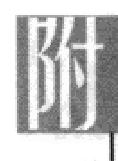
第十七条 经济适用住房的规划设计和建设必须按照发展节能省地环保型住宅的要求，严格执行《住宅建筑规范》等国家有关住房建设的强制性标准，采取竞标方式优选规划设计方案，做到在较小的套型内实现基本的使用功能。积极推广应用先进、成熟、适用、安全的新技术、新工艺、新材料、新设备。

第十八条 经济适用住房建设单位对其建设的经济适用住房工程质量负最终责任，向买受人出具《住宅质量保证书》和《住宅使用说明书》，并承担保修责任，确保工程质量和使用安全。有关住房质量和性能等方面的要求，应在建设合同中予以明确。

经济适用住房的施工和监理，应当采取招标方式，选择具有资质和良好社会责任的建筑企业和监理公司实施。

第十九条 经济适用住房项目可采取招标方式选择物业服务企业实施前期物业服务，也可以在社区居委会等机构的指导下，由居民自我管理，提供符合居住区居民基本生活需要的物业服务。

第四章 价格管理



第二十条 确定经济适用住房的价格应当以保本微利为原则。其销售基准价格及浮动幅度，由有定价权的价格主管部门会同经济适用住房主管部门，依据经济适用住房价格管理的有关规定，在综合考虑建设、管理成本和利润的基础上确定并向社会公布。房地产开发企业实施的经济适用住房项目利润率按不高于3%核定；市、县人民政府直接组织建设的经济适用住房只能按成本价销售，不得有利润。

第二十一条 经济适用住房销售应当实行明码标价，销售价格不得高于基准价格及上浮幅度，不得在标价之外收取任何未予标明的费用。经济适用住房价格确定后应当向社会公布。价格主管部门应依法进行监督管理。

第二十二条 经济适用住房实行收费卡制度，各有关部门收取费用时，必须填写价格主管部门核发的交费登记卡。任何单位不得以押金、保证金等名义，变相向经济适用住房建设单位收取费用。

第二十三条 价格主管部门要加强成本监审，全面掌握经济适用住房成本及利润变动情况，确保经济适用住房做到质价相符。

第五章 准入和退出管理

第二十四条 经济适用住房管理应建立严格的准入和退出机制。经济适用住房由市、县人民政府按限定的价格，统一组织向符合购房条件的低收入家庭出售。经济适用住房供应实行申请、审核、公示和轮候制度。市、县人民政府应当制定经济适用住房申请、审核、公示

和轮候的具体办法，并向社会公布。

第二十五条 城市低收入家庭申请购买经济适用住房应同时符合下列条件：

（一）具有当地城镇户口；

（二）家庭收入符合市、县人民政府划定的低收入家庭收入标准；

（三）无房或现住房面积低于市、县人民政府规定的住房困难标准。

经济适用住房供应对象的家庭收入标准和住房困难标准，由市、县人民政府根据当地商品住房价格、居民家庭可支配收入、居住水平和家庭人口结构等因素确定，实行动态管理，每年向社会公布一次。

第二十六条 经济适用住房资格申请采取街道办事处（镇人民政府）、市（区）、县人民政府逐级审核并公示的方式认定。审核单位应当通过入户调查、邻里访问以及信函索证等方式对申请人的家庭收入和住房状况等情况进行核实。申请人及有关单位、组织或者个人应当予以配合，如实提供有关情况。

第二十七条 经审核公示通过的家庭，由市、县人民政府经济适用住房主管部门发放准予购买经济适用住房的核准通知，注明可以购买的面积标准。然后按照收入水平、住房困难程度和申请顺序等因素进行轮候。

第二十八条 符合条件的家庭，可以持核准通知购买一套与核准面积相对应的经济适用住房。购买面积原则上不得超过核准面积。购买面积在核准面积以内的，按核准的价格购买；超过核准面积的部分，不得享受政府优惠，由购房人按照同地段同类普通商品住房的价格补交差价。

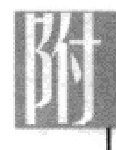
第二十九条 居民个人购买经济适用住房后，应当按照规定办理权属登记。房屋、土地登记部门在办理权属登记时，应当分别注明经

济适用住房、划拨土地。

第三十条 经济适用住房购房人拥有有限产权。

购买经济适用住房不满5年，不得直接上市交易，购房人因特殊原因确需转让经济适用住房的，由政府按照原价格并考虑折旧和物价水平等因素进行回购。

购买经济适用住房满5年，购房人上市转让经济适用住房的，应按照届时同地段普通商品住房与经济适用住房差价的一定比例向政府交纳土地收益等相关价款，具体交纳比例由市、县人民政府确定，政府可优先回购；购房人也可以按照政府所定的标准向政府交纳土地收益等相关价款后，取得完全产权。



上述规定应在经济适用住房购买合同中予以载明，并明确相关违约责任。

第三十一条 已经购买经济适用住房的家庭又购买其他住房的，原经济适用住房由政府按规定及合同约定回购。政府回购的经济适用住房，仍应用于解决低收入家庭的住房困难。

第三十二条 已参加福利分房的家庭在退回所分房屋前不得购买经济适用住房，已购买经济适用住房的家庭不得再购买经济适用住房。

第三十三条 个人购买的经济适用住房在取得完全产权以前不得用于出租经营。

第六章 单位集资合作建房

第三十四条 距离城区较远的独立工矿企业和住房困难户较多的企业，在符合土地利用总体规划、城市规划、住房建设规划的前提下，经市、县人民政府批准，可以利用单位自用土地进行集资合作建房。参加单位集资合作建房的对象，必须限定在本单位符合市、县人民政府规定的低收入住房困难家庭。

第三十五条 单位集资合作建房是经济适用住房的组成部分，其建设标准、优惠政策、供应对象、产权关系等均按照经济适用住房的有关规定严格执行。单位集资合作建房应当纳入当地经济适用住房建设计划和用地计划管理。

第三十六条 任何单位不得利用新征用或新购买土地组织集资合作建房；各级国家机关一律不得搞单位集资合作建房。单位集资合作建房不得向不符合经济适用住房供应条件的家庭出售。

第三十七条 单位集资合作建房在满足本单位低收入住房困难家庭购买后，房源仍有少量剩余的，由市、县人民政府统一组织向符合经济适用住房购房条件的家庭出售，或由市、县人民政府以成本价收购后用作廉租住房。

第三十八条 向职工收取的单位集资合作建房款项实行专款管理、专项使用，并接受当地财政和经济适用住房主管部门的监督。

第三十九条 已参加福利分房、购买经济适用住房或参加单位集资合作建房的人员，不得再次参加单位集资合作建房。严禁任何单位借集资合作建房名义，变相实施住房实物分配或商品房开发。

第四十条 单位集资合作建房原则上不收取管理费用，不得有利润。

第七章 监督管理

第四十一条 市、县人民政府要加强对已购经济适用住房的后续管理，经济适用住房主管部门要切实履行职责，对已购经济适用住房家庭的居住人员、房屋的使用等情况进行定期检查，发现违规行为及时纠正。

第四十二条 市、县人民政府及其有关部门应当加强对经济适用住房建设、交易中违纪违法行为的查处。

（一）擅自改变经济适用住房或集资合作建房用地性质的，由国

土资源主管部门按有关规定处罚。

（二）擅自提高经济适用住房或集资合作建房销售价格等价格违法行为的，由价格主管部门依法进行处罚。

（三）未取得资格的家庭购买经济适用住房或参加集资合作建房的，其所购买或集资建设的住房由经济适用住房主管部门限期按原价格并考虑折旧等因素作价收购；不能收购的，由经济适用住房主管部门责成其补缴经济适用住房或单位集资合作建房与同地段同类普通商品住房价格差，并对相关责任单位和责任人依法予以处罚。



第四十三条　对弄虚作假、隐瞒家庭收入和住房条件，骗购经济适用住房或单位集资合作建房的个人，由市、县人民政府经济适用住房主管部门限期按原价格并考虑折旧等因素作价收回所购住房，并依法和有关规定追究责任。对出具虚假证明的，依法追究相关责任人的责任。

第四十四条　国家机关工作人员在经济适用住房建设、管理过程中滥用职权、玩忽职守、徇私舞弊的，依法依纪追究责任；涉嫌犯罪的，移送司法机关处理。

第四十五条　任何单位和个人有权对违反本办法规定的行为进行检举和控告。

第八章　附则

第四十六条　省、自治区、直辖市人民政府经济适用住房主管部门会同发展改革（价格）、监察、财政、国土资源、金融管理、税务主管部门根据本办法，可以制定具体实施办法。

第四十七条　本办法由建设部会同发展改革委、监察部、财政部、国土资源部、人民银行、税务总局负责解释。

第四十八条　本办法下发后尚未销售的经济适用住房，执行本办法有关准入和退出管理、价格管理、监督管理等规定；已销售的经济

适用住房仍按原有规定执行。此前已审批但尚未开工的经济适用住房项目，凡不符合本办法规定内容的事项，应按本办法做相应调整。

第四十九条 建设部、发展改革委、国土资源部、人民银行《关于印发〈经济适用住房管理办法〉的通知》（建住房［2004］77号）同时废止。

最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释

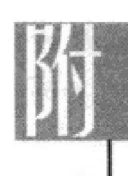
为正确、及时审理商品房买卖合同纠纷案件，根据《中华人民共和国民法通则》、《中华人民共和国合同法》、《中华人民共和国城市房地产管理法》、《中华人民共和国担保法》等相关法律，结合民事审判实践，制定本解释。

第一条 本解释所称的商品房买卖合同，是指房地产开发企业（以下统称为出卖人）将尚未建成或者已竣工的房屋向社会销售并转移房屋所有权于买受人，买受人支付价款的合同。

第二条 出卖人未取得商品房预售许可证明，与买受人订立的商品房预售合同，应当认定无效，但是在起诉前取得商品房预售许可证明的，可以认定有效。

第三条 商品房的销售广告和宣传资料为要约邀请，但是出卖人就商品房开发规划范围内的房屋及相关设施所作的说明和允诺具体确定，并对商品房买卖合同的订立以及房屋价格的确定有重大影响的，应当视为要约。该说明和允诺即使未载入商品房买卖合同，亦应当视为合同内容，当事人违反的，应当承担违约责任。

第四条 出卖人通过认购、订购、预订等方式向买受人收受定金作为订立商品房买卖合同担保的，如果因当事人一方原因未能订立商品房买卖合同，应当按照法律关于定金的规定处理；因不可归责于当事人双方的事由，导致商品房买卖合同未能订立的，出卖人应当将定金返还买受人。



第五条 商品房的认购、订购、预订等协议具备《商品房销售管理办法》第十六条规定的商品房买卖合同的主要内容，并且出卖人已经按照约定收受购房款的，该协议应当认定为商品房买卖合同。

第六条 当事人以商品房预售合同未按照法律、行政法规规定办理登记备案手续为由，请求确认合同无效的，不予支持。

当事人约定以办理登记备案手续为商品房预售合同生效条件的，从其约定，但当事人一方已经履行主要义务，对方接受的除外。

第七条 拆迁人与被拆迁人按照所有权调换形式订立拆迁补偿安置协议，明确约定拆迁人以位置、用途特定的房屋对被拆迁人予以补偿安置，如果拆迁人将该补偿安置房屋另行出卖给第三人，被拆迁人请求优先取得补偿安置房屋的，应予支持。

被拆迁人请求解除拆迁补偿安置协议的，按照本解释第八条的规定处理。

第八条 具有下列情形之一，导致商品房买卖合同目的不能实现的，无法取得房屋的买受人可以请求解除合同、返还已付购房款及利息、赔偿损失，并可以请求出卖人承担不超过已付购房款一倍的赔偿责任：

（一）商品房买卖合同订立后，出卖人未告知买受人又将该房屋抵押给第三人；

（二）商品房买卖合同订立后，出卖人又将该房屋出卖给第三人。

第九条 出卖人订立商品房买卖合同时，具有下列情形之一，导致合同无效或者被撤销、解除的，买受人可以请求返还已付购房款及利息、赔偿损失，并可以请求出卖人承担不超过已付购房款一倍的赔偿责任：

（一）故意隐瞒没有取得商品房预售许可证明的事实或者提供虚假商品房预售许可证明；



（二）故意隐瞒所售房屋已经抵押的事实；

（三）故意隐瞒所售房屋已经出卖给第三人或者为拆迁补偿安置房屋的事实。

第十条 买受人以出卖人与第三人恶意串通，另行订立商品房买卖合同并将房屋交付使用，导致其无法取得房屋为由，请求确认出卖人与第三人订立的商品房买卖合同无效的，应予支持。

第十一条 对房屋的转移占有，视为房屋的交付使用，但当事人另有约定的除外。

房屋毁损、灭失的风险，在交付使用前由出卖人承担，交付使用后由买受人承担；买受人接到出卖人的书面交房通知，无正当理由拒绝接收的，房屋毁损、灭失的风险自书面交房通知确定的交付使用之日起由买受人承担，但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。

第十二条 因房屋主体结构质量不合格不能交付使用，或者房屋交付使用后，房屋主体结构质量经核验确属不合格，买受人请求解除合同和赔偿损失的，应予支持。

第十三条 因房屋质量问题严重影响正常居住使用，买受人请求解除合同和赔偿损失的，应予支持。

交付使用的房屋存在质量问题，在保修期内，出卖人应当承担修复责任；出卖人拒绝修复或者在合理期限内拖延修复的，买受人可以自行或者委托他人修复。修复费用及修复期间造成的其他损失由出卖人承担。

第十四条 出卖人交付使用的房屋套内建筑面积或者建筑面积与商品房买卖合同约定面积不符，合同有约定的，按照约定处理；合同没有约定或者约定不明确的，按照以下原则处理：

（一）面积误差比绝对值在3%以内（含3%），按照合同约定的价格据实结算，买受人请求解除合同的，不予支持；

（二）面积误差比绝对值超出3%，买受人请求解除合同、返还

已付购房款及利息的，应予支持。买受人同意继续履行合同，房屋实际面积大于合同约定面积的，面积误差比在3%以内（含3%）部分的房价款由买受人按照约定的价格补足，面积误差比超出3%部分的房价款由出卖人承担，所有权归买受人；房屋实际面积小于合同约定面积的，面积误差比在3%以内（含3%）部分的房价款及利息由出卖人返还买受人，面积误差比超过3%部分的房价款由出卖人双倍返还买受人。

第十五条 根据《合同法》第九十四条的规定，出卖人迟延交付房屋或者买受人迟延支付购房款，经催告后在三个月的合理期限内仍未履行，当事人一方请求解除合同的，应予支持，但当事人另有约定的除外。

法律没有规定或者当事人没有约定，经对方当事人催告后，解除权行使的合理期限为三个月。对方当事人没有催告的，解除权应当在解除权发生之日起一年内行使；逾期不行使的，解除权消灭。

第十六条 当事人以约定的违约金过高为由请求减少的，应当以违约金超过造成的损失30%为标准适当减少；当事人以约定的违约金低于造成的损失为由请求增加的，应当以违约造成的损失确定违约金数额。

第十七条 商品房买卖合同没有约定违约金数额或者损失赔偿额计算方法，违约金数额或者损失赔偿额可以参照以下标准确定：

逾期付款的，按照未付购房款总额，参照中国人民银行规定的金融机构计收逾期贷款利息的标准计算。

逾期交付使用房屋的，按照逾期交付使用房屋期间有关主管部门公布或者有资格的房地产评估机构评定的同地段同类房屋租金标准确定。

第十八条 由于出卖人的原因，买受人在下列期限届满未能取得房屋权属证书的，除当事人有特殊约定外，出卖人应当承担违约

责任：

（一）商品房买卖合同约定的办理房屋所有权登记的期限；

（二）商品房买卖合同的标的物为尚未建成房屋的，自房屋交付使用之日起90日；

（三）商品房买卖合同的标的物为已竣工房屋的，自合同订立之日起90日。

合同没有约定违约金或者损失数额难以确定的，可以按照已付购房款总额，参照中国人民银行规定的金融机构计收逾期贷款利息的标准计算。

第十九条 商品房买卖合同约定或者《城市房地产开发经营管理条例》第三十三条规定的办理房屋所有权登记的期限届满后超过一年，由于出卖人的原因，导致买受人无法办理房屋所有权登记，买受人请求解除合同和赔偿损失的，应予支持。

第二十条 出卖人与包销人订立商品房包销合同，约定出卖人将其开发建设的房屋交由包销人以出卖人的名义销售的，包销期满未销售的房屋，由包销人按照合同约定的包销价格购买，但当事人另有约定的除外。

第二十一条 出卖人自行销售已经约定由包销人包销的房屋，包销人请求出卖人赔偿损失的，应予支持，但当事人另有约定的除外。

第二十二条 对于买受人因商品房买卖合同与出卖人发生的纠纷，人民法院应当通知包销人参加诉讼；出卖人、包销人和买受人对各自的权利义务有明确约定的，按照约定的内容确定各方的诉讼地位。

第二十三条 商品房买卖合同约定，买受人以担保贷款方式付款、因当事人一方原因未能订立商品房担保贷款合同并导致商品房买卖合同不能继续履行的，对方当事人可以请求解除合同和赔偿损失。因不可归责于当事人双方的事由未能订立商品房担保贷款合同并导致



商品房买卖合同不能继续履行的，当事人可以请求解除合同，出卖人应当将收受的购房款本金及其利息或者定金返还买受人。

第二十四条 因商品房买卖合同被确认无效或者被撤销、解除，致使商品房担保贷款合同的目的无法实现，当事人请求解除商品房担保贷款合同的，应予支持。

第二十五条 以担保贷款为付款方式的商品房买卖合同的当事人一方请求确认商品房买卖合同无效或者撤销、解除合同的，如果担保权人作为有独立请求权第三人提出诉讼请求，应当与商品房担保贷款合同纠纷合并审理；未提出诉讼请求的，仅处理商品房买卖合同纠纷。担保权人就商品房担保贷款合同纠纷另行起诉的，可以与商品房买卖合同纠纷合并审理。

商品房买卖合同被确认无效或者被撤销、解除后，商品房担保贷款合同也被解除的、出卖人应当将收受的购房贷款和购房款的本金及利息分别返还担保权人和买受人。

第二十六条 买受人未按照商品房担保贷款合同的约定偿还贷款，亦未与担保权人办理商品房抵押登记手续，担保权人起诉买受人，请求处分商品房买卖合同项下买受人合同权利的，应当通知出卖人参加诉讼；担保权人同时起诉出卖人时，如果出卖人为商品房担保贷款合同提供保证的，应当列为共同被告。

第二十七条 买受人未按照商品房担保贷款合同的约定偿还贷款，但是已经取得房屋权属证书并与担保权人办理了商品房抵押登记手续，抵押权人请求买受人偿还贷款或者就抵押的房屋优先受偿的，不应当追加出卖人为当事人，但出卖人提供保证的除外。

第二十八条 本解释自2003年6月1日起施行。

《中华人民共和国城市房地产管理法》施行后订立的商品房买卖合同发生的纠纷案件，本解释公布施行后尚在一审、二审阶段的，适用本解释。

《中华人民共和国城市房地产管理法》施行后订立的商品房买卖合同发生的纠纷案件，在本解释公布施行前已经终审，当事人申请再审或者按照审判监督程序决定再审的，不适用本解。

《中华人民共和国城市房地产管理法》施行前发生的商品房买卖行为，适用当时的法律、法规和《最高人民法院〈关于审理房地产管理法施行前房地产开发经营案件若干问题的解释〉》。

最高人民法院关于审理建筑物区分所有权纠纷案件具体应用法律若干问题的解释

为正确审理建筑物区分所有权纠纷案件，依法保护当事人的合法权益，根据《中华人民共和国物权法》等法律的规定，结合民事审判实践，制定本解释。

第一条 依法登记取得或者根据物权法第二章第三节规定取得建筑物专有部分所有权的人，应当认定为物权法第六章所称的业主。

基于与建设单位之间的商品房买卖民事法律行为，已经合法占有建筑物专有部分，但尚未依法办理所有权登记的人，可以认定为物权法第六章所称的业主。

第二条 建筑区划内符合下列条件的房屋，以及车位、摊位等特定空间，应当认定为物权法第六章所称的专有部分：

（一）具有构造上的独立性，能够明确区分；

（二）具有利用上的独立性，可以排他使用；

（三）能够登记成为特定业主所有权的客体。

规划上专属于特定房屋，且建设单位销售时已经根据规划列入该特定房屋买卖合同中的露台等，应当认定为物权法第六章所称专有部分的组成部分。

本条第一款所称房屋，包括整栋建筑物。

第三条 除法律、行政法规规定的共有部分外，建筑区划内的以下部分，也应当认定为物权法第六章所称的共有部分：

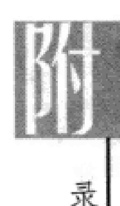
（一）建筑物的基础、承重结构、外墙、屋顶等基本结构部分，

通道、楼梯、大堂等公共通行部分，消防、公共照明等附属设施、设备，避难层、设备层或者设备间等结构部分；

（二）其他不属于业主专有部分，也不属于市政公用部分或者其他权利人所有的场所及设施等。

建筑区划内的土地，依法由业主共同享有建设用地使用权，但属于业主专有的整栋建筑物的规划占地或者城镇公共道路、绿地占地除外。

第四条 业主基于对住宅、经营性用房等专有部分特定使用功能的合理需要，无偿利用屋顶以及与其专有部分相对应的外墙面等共有部分的，不应认定为侵权。但违反法律、法规、管理规约，损害他人合法权益的除外。



第五条 建设单位按照配置比例将车位、车库，以出售、附赠或者出租等方式处分给业主的，应当认定其行为符合物权法第七十四条第一款有关“应当首先满足业主的需要”的规定。

前款所称配置比例是指规划确定的建筑区划内规划用于停放汽车的车位、车库与房屋套数的比例。

第六条 建筑区划内在规划用于停放汽车的车位之外，占用业主共有道路或者其他场地增设的车位，应当认定为物权法第七十四条第三款所称的车位。

第七条 改变共有部分的用途、利用共有部分从事经营性活动、处分共有部分，以及业主大会依法决定或者管理规约依法确定应由业主共同决定的事项，应当认定为物权法第七十六条第一款第（七）项规定的有关共有和共同管理权利的“其他重大事项”。

第八条 物权法第七十六条第二款和第八十条规定的专有部分面积和建筑物总面积，可以按照下列方法认定：

（一）专有部分面积，按照不动产登记簿记载的面积计算；尚未进行物权登记的，暂按测绘机构的实测面积计算；尚未进行实测的，

暂按房屋买卖合同记载的面积计算；

（二）建筑物总面积，按照前项的统计总和计算。

第九条 物权法第七十六条第二款规定的业主人数和总人数，可以按照下列方法认定：

（一）业主人数，按照专有部分的数量计算，一个专有部分按一人计算。但建设单位尚未出售和虽已出售但尚未交付的部分，以及同一买受人拥有一个以上专有部分的，按一人计算；

（二）总人数，按照前项的统计总和计算。

第十条 业主将住宅改变为经营性用房，未按照物权法第七十七条的规定经有利害关系的业主同意，有利害关系的业主请求排除妨害、消除危险、恢复原状或者赔偿损失的，人民法院应予支持。

将住宅改变为经营性用房的业主以多数有利害关系的业主同意其行为进行抗辩的，人民法院不予支持。

第十一条 业主将住宅改变为经营性用房，本栋建筑物内的其他业主，应当认定为物权法第七十七条所称"有利害关系的业主"。建筑区划内，本栋建筑物之外的业主，主张与自己有利害关系的，应证明其房屋价值、生活质量受到或者可能受到不利影响。

第十二条 业主以业主大会或者业主委员会作出的决定侵害其合法权益或者违反了法律规定的程序为由，依据物权法第七十八条第二款的规定请求人民法院撤销该决定的，应当在知道或者应当知道业主大会或者业主委员会作出决定之日起一年内行使。

第十三条 业主请求公布、查阅下列应当向业主公开的情况和资料的，人民法院应予支持：

（一）建筑物及其附属设施的维修资金的筹集、使用情况；

（二）管理规约、业主大会议事规则，以及业主大会或者业主委员会的决定及会议记录；

（三）物业服务合同、共有部分的使用和收益情况；

（四）建筑区划内规划用于停放汽车的车位、车库的处分情况；

（五）其他应当向业主公开的情况和资料。

第十四条 建设单位或者其他行为人擅自占用、处分业主共有部分、改变其使用功能或者进行经营性活动，权利人请求排除妨害、恢复原状、确认处分行为无效或者赔偿损失的，人民法院应予支持。

属于前款所称擅自进行经营性活动的情形，权利人请求行为人将扣除合理成本之后的收益用于补充专项维修资金或者业主共同决定的其他用途的，人民法院应予支持。行为人对成本的支出及其合理性承担举证责任。

第十五条 业主或者其他行为人违反法律、法规、国家相关强制性标准、管理规约，或者违反业主大会、业主委员会依法作出的决定，实施下列行为的，可以认定为物权法第八十三条第二款所称的其他“损害他人合法权益的行为”：

（一）损害房屋承重结构，损害或者违章使用电力、燃气、消防设施，在建筑物内放置危险、放射性物品等危及建筑物安全或者妨碍建筑物正常使用；

（二）违反规定破坏、改变建筑物外墙面的形状、颜色等损害建筑物外观；

（三）违反规定进行房屋装饰装修；

（四）违章加建、改建，侵占、挖掘公共通道、道路、场地或者其他共有部分。

第十六条 建筑物区分所有权纠纷涉及专有部分的承租人、借用人等物业使用人的，参照本解释处理。

专有部分的承租人、借用人等物业使用人，根据法律、法规、管理规约、业主大会或者业主委员会依法作出的决定，以及其与业主的约定，享有相应权利，承担相应义务。

第十七条 本解释所称建设单位，包括包销期满，按照包销合同

约定的包销价格购买尚未销售的物业后，以自己名义对外销售的包销人。

第十八条 人民法院审理建筑物区分所有权案件中，涉及有关物权归属争议的，应当以法律、行政法规为依据。

第十九条 本解释自2009年10月1日起施行。

因物权法施行后实施的行为引起的建筑物区分所有权纠纷案件，适用本解释。

本解释施行前已经终审，本解释施行后当事人申请再审或者按照审判监督程序决定再审的案件，不适用本解释。

最高人民法院关于审理物业服务纠纷案件具体应用法律若干问题的解释



为正确审理物业服务纠纷案件，依法保护当事人的合法权益，根据《中华人民共和国民法通则》、《中华人民共和国物权法》、《中华人民共和国合同法》等法律规定，结合民事审判实践，制定本解释。

第一条 建设单位依法与物业服务企业签订的前期物业服务合同，以及业主委员会与业主大会依法选聘的物业服务企业签订的物业服务合同，对业主具有约束力。业主以其并非合同当事人为由提出抗辩的，人民法院不予支持。

第二条 符合下列情形之一，业主委员会或者业主请求确认合同或者合同相关条款无效的，人民法院应予支持：

（一）物业服务企业将物业服务区域内的全部物业服务业务一并委托他人而签订的委托合同；

（二）物业服务合同中免除物业服务企业责任、加重业主委员会或者业主责任、排除业主委员会或者业主主要权利的条款。

前款所称物业服务合同包括前期物业服务合同。

第三条 物业服务企业不履行或者不完全履行物业服务合同约定的或者法律、法规规定以及相关行业规范确定的维修、养护、管理和维护义务，业主请求物业服务企业承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任的，人民法院应予支持。

物业服务企业公开作出的服务承诺及制定的服务细则，应当认定为物业服务合同的组成部分。

第四条 业主违反物业服务合同或者法律、法规、管理规约，实施妨害物业服务与管理的行为，物业服务企业请求业主承担恢复原状、停止侵害、排除妨害等相应民事责任的，人民法院应予支持。

第五条 物业服务企业违反物业服务合同约定或者法律、法规、部门规章规定，擅自扩大收费范围、提高收费标准或者重复收费，业主以违规收费为由提出抗辩的，人民法院应予支持。

业主请求物业服务企业退还其已收取的违规费用的，人民法院应予支持。

第六条 经书面催交，业主无正当理由拒绝交纳或者在催告的合理期限内仍未交纳物业费，物业服务企业请求业主支付物业费的，人民法院应予支持。物业服务企业已经按照合同约定以及相关规定提供服务，业主仅以未享受或者无需接受相关物业服务为抗辩理由的，人民法院不予支持。

第七条 业主与物业的承租人、借用人或者其他物业使用人约定由物业使用人交纳物业费，物业服务企业请求业主承担连带责任的，人民法院应予支持。

第八条 业主大会按照物权法第七十六条规定的程序作出解聘物业服务企业的决定后，业主委员会请求解除物业服务合同的，人民法院应予支持。

物业服务企业向业主委员会提出物业费主张的，人民法院应当告知其向拖欠物业费的业主另行主张权利。

第九条 物业服务合同的权利义务终止后，业主请求物业服务企业退还已经预收，但尚未提供物业服务期间的物业费的，人民法院应予支持。

物业服务企业请求业主支付拖欠的物业费的，按照本解释第六条规定处理。

第十条 物业服务合同的权利义务终止后，业主委员会请求物业

服务企业退出物业服务区域、移交物业服务用房和相关设施，以及物业服务所必需的相关资料和由其代管的专项维修资金的，人民法院应予支持。

物业服务企业拒绝退出、移交，并以存在事实上的物业服务关系为由，请求业主支付物业服务合同权利义务终止后的物业费的，人民法院不予支持。

第十一条 本解释涉及物业服务企业的规定，适用于物权法第七十六条、第八十一条、第八十二条所称其他管理人。

第十二条 因物业的承租人、借用人或者其他物业使用人实施违反物业服务合同，以及法律、法规或者管理规约的行为引起的物业服务纠纷，人民法院应当参照本解释关于业主的规定处理。

第十三条 本解释自2009年10月1日起施行。

本解释施行前已经终审，本解释施行后当事人申请再审或者按照审判监督程序决定再审的案件，不适用本解释。

最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释

为正确审理城镇房屋租赁合同纠纷案件，依法保护当事人的合法权益，根据《中华人民共和国民法通则》、《中华人民共和国物权法》、《中华人民共和国合同法》等法律规定，结合民事审判实践，制定本解释。

第一条 本解释所称城镇房屋，是指城市、镇规划区内的房屋。

乡、村庄规划区内的房屋租赁合同纠纷案件，可以参照本解释处理。但法律另有规定的，适用其规定。

当事人依照国家福利政策租赁公有住房、廉租住房、经济适用住房产生的纠纷案件，不适用本解释。

第二条 出租人就未取得建设工程规划许可证或者未按照建设工程规划许可证的规定建设的房屋，与承租人订立的租赁合同无效。但在一审法庭辩论终结前取得建设工程规划许可证或者经主管部门批准建设的，人民法院应当认定有效。

第三条 出租人就未经批准或者未按照批准内容建设的临时建筑，与承租人订立的租赁合同无效。但在一审法庭辩论终结前经主管部门批准建设的，人民法院应当认定有效。

租赁期限超过临时建筑的使用期限，超过部分无效。但在一审法庭辩论终结前经主管部门批准延长使用期限的，人民法院应当认定延长使用期限内的租赁期间有效。

第四条 当事人以房屋租赁合同未按照法律、行政法规规定办理

登记备案手续为由，请求确认合同无效的，人民法院不予支持。

当事人约定以办理登记备案手续为房屋租赁合同生效条件的，从其约定。但当事人一方已经履行主要义务，对方接受的除外。

第五条 房屋租赁合同无效，当事人请求参照合同约定的租金标准支付房屋占有使用费的，人民法院一般应予支持。

当事人请求赔偿因合同无效受到的损失，人民法院依照合同法的有关规定和本司法解释第九条、第十三条、第十四条的规定处理。

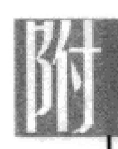
第六条 出租人就同一房屋订立数份租赁合同，在合同均有效的情况下，承租人均主张履行合同的，人民法院按照下列顺序确定履行合同的承租人：

（一）已经合法占有租赁房屋的；

（二）已经办理登记备案手续的；

（三）合同成立在先的。

不能取得租赁房屋的承租人请求解除合同、赔偿损失的，依照合同法的有关规定处理。



第七条 承租人擅自变动房屋建筑主体和承重结构或者扩建，在出租人要求的合理期限内仍不予恢复原状，出租人请求解除合同并要求赔偿损失的，人民法院依照合同法第二百一十九条的规定处理。

第八条 因下列情形之一，导致租赁房屋无法使用，承租人请求解除合同的，人民法院应予支持：

（一）租赁房屋被司法机关或者行政机关依法查封的；

（二）租赁房屋权属有争议的；

（三）租赁房屋具有违反法律、行政法规关于房屋使用条件强制性规定情况的。

第九条 承租人经出租人同意装饰装修，租赁合同无效时，未形成附合的装饰装修物，出租人同意利用的，可折价归出租人所有；不同意利用的，可由承租人拆除。因拆除造成房屋毁损的，承租人应当

恢复原状。

已形成附合的装饰装修物，出租人同意利用的，可折价归出租人所有；不同意利用的，由双方各自按照导致合同无效的过错分担现值损失。

第十条 承租人经出租人同意装饰装修，租赁期间届满或者合同解除时，除当事人另有约定外，未形成附合的装饰装修物，可由承租人拆除。因拆除造成房屋毁损的，承租人应当恢复原状。

第十一条 承租人经出租人同意装饰装修，合同解除时，双方对已形成附合的装饰装修物的处理没有约定的，人民法院按照下列情形分别处理：

（一）因出租人违约导致合同解除，承租人请求出租人赔偿剩余租赁期内装饰装修残值损失的，应予支持；

（二）因承租人违约导致合同解除，承租人请求出租人赔偿剩余租赁期内装饰装修残值损失的，不予支持。但出租人同意利用的，应在利用价值范围内予以适当补偿；

（三）因双方违约导致合同解除，剩余租赁期内的装饰装修残值损失，由双方根据各自的过错承担相应的责任；

（四）因不可归责于双方的事由导致合同解除的，剩余租赁期内的装饰装修残值损失，由双方按照公平原则分担。法律另有规定的，适用其规定。

第十二条 承租人经出租人同意装饰装修，租赁期间届满时，承租人请求出租人补偿附合装饰装修费用的，不予支持。但当事人另有约定的除外。

第十三条 承租人未经出租人同意装饰装修或者扩建发生的费用，由承租人负担。出租人请求承租人恢复原状或者赔偿损失的，人民法院应予支持。

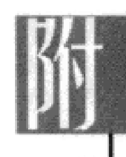
第十四条 承租人经出租人同意扩建，但双方对扩建费用的处理

没有约定的，人民法院按照下列情形分别处理：

（一）办理合法建设手续的，扩建造价费用由出租人负担；

（二）未办理合法建设手续的，扩建造价费用由双方按照过错分担。

第十五条 承租人经出租人同意将租赁房屋转租给第三人时，转租期限超过承租人剩余租赁期限的，人民法院应当认定超过部分的约定无效。但出租人与承租人另有约定的除外。



第十六条 出租人知道或者应当知道承租人转租，但在六个月内未提出异议，其以承租人未经同意为由请求解除合同或者认定转租合同无效的，人民法院不予支持。

因租赁合同产生的纠纷案件，人民法院可以通知次承租人作为第三人参加诉讼。

第十七条 因承租人拖欠租金，出租人请求解除合同时，次承租人请求代承租人支付欠付的租金和违约金以抗辩出租人合同解除权的，人民法院应予支持。但转租合同无效的除外。

次承租人代为支付的租金和违约金超出其应付的租金数额，可以折抵租金或者向承租人追偿。

第十八条 房屋租赁合同无效、履行期限届满或者解除，出租人请求负有腾房义务的次承租人支付逾期腾房占有使用费的，人民法院应予支持。

第十九条 承租人租赁房屋用于以个体工商户或者个人合伙方式从事经营活动，承租人在租赁期间死亡、宣告失踪或者宣告死亡，其共同经营人或者其他合伙人请求按照原租赁合同租赁该房屋的，人民法院应予支持。

第二十条 租赁房屋在租赁期间发生所有权变动，承租人请求房屋受让人继续履行原租赁合同的，人民法院应予支持。但租赁房屋具有下列情形或者当事人另有约定的除外：

（一）房屋在出租前已设立抵押权，因抵押权人实现抵押权发生所有权变动的；

（二）房屋在出租前已被人民法院依法查封的。

第二十一条 出租人出卖租赁房屋未在合理期限内通知承租人或者存在其他侵害承租人优先购买权情形，承租人请求出租人承担赔偿责任的，人民法院应予支持。但请求确认出租人与第三人签订的房屋买卖合同无效的，人民法院不予支持。

第二十二条 出租人与抵押权人协议折价、变卖租赁房屋偿还债务，应当在合理期限内通知承租人。承租人请求以同等条件优先购买房屋的，人民法院应予支持。

第二十三条 出租人委托拍卖人拍卖租赁房屋，应当在拍卖5日前通知承租人。承租人未参加拍卖的，人民法院应当认定承租人放弃优先购买权。

第二十四条 具有下列情形之一，承租人主张优先购买房屋的，人民法院不予支持：

（一）房屋共有人行使优先购买权的；

（二）出租人将房屋出卖给近亲属，包括配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女的；

（三）出租人履行通知义务后，承租人在十五日内未明确表示购买的；

（四）第三人善意购买租赁房屋并已经办理登记手续的。

第二十五条 本解释施行前已经终审，本解释施行后当事人申请再审或者按照审判监督程序决定再审的案件，不适用本解释。

后 记



《大律师教你打官司》丛书经过长达两年时间的策划、编写、修改完善，终于要与广大读者见面了。这是几十位编写、策划和审定人员特别感到欣慰的事情。

这套丛书以在第一线从事司法实务和理论研究工作的律师同志为主体，吸收了法官、法学教师等参与编写。本书由戴玉龙、陈国强策划，何菲菲、孙兰英、李立勇、史文建、何伟强、阚宗兰、郭伟、赵县委、李建芳、戴玉松、胡萍、郑伟、陈谦等同志参与了本书的编写工作。材料来源主要是司法实践中出现的典型、疑难案例。经过编写人员的深入研究和加工完善，既能作为普通读者学习掌握法律知识的通俗读本，也可以为司法实务提供参考的借鉴。

感谢戴玉龙编辑对本书的深度加工及提出的宝贵意见，使本书能够顺利出版。书中仍然存在的不尽完善之处，敬请广大读者批评指正。

编者

2012 年 12 月于北京